Göttinger Juristische Schriften

Dagmar Coester-Waltjen, Volker Lipp, Eva Schumann,
Barbara Veit (Hg.)

Reformbedarf im nichtehelichen Eltern-Kind-Verhältnis

10. Göttinger Workshop zum Familienrecht 2011



Universitätsverlag Göttingen

Dagmar Coester-Waltjen, Volker Lipp, Eva Schumann, Barbara Veit (Hg.)
Reformbedarf im nichtehelichen Eltern-Kind-Verhältnis



erschienen als Band 13 in der Reihe „Göttinger Juristische Schriften“
im Universitätsverlag Göttingen 2012

Dagmar Coester-Waltjen,
Volker Lipp,
Eva Schumann,
Barbara Veit (Hg.)

Reformbedarf im nichtehelichen Eltern-Kind-Verhältnis

10. Göttinger Workshop zum Familienrecht 2011

Göttinger Juristische Schriften,
Band 13



Universitätsverlag Göttingen
2012

Bibliographische Information der Deutschen Nationalbibliothek

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliographie; detaillierte bibliographische Daten sind im Internet über <http://dnb.ddb.de> abrufbar.

Kontakt
Prof. Dr. Eva Schumann
e-mail: lehrstuhl.schumann@jura.uni-goettingen.de

Satz und Layout: Giulia Conte

http://univerlag.uni-goettingen.de
ISBN: 978-3-86395-088-0
ISSN: 1864-2128

Danksagung

Für die finanzielle Unterstützung des 10. Göttinger Workshops zum Familienrecht und der vorliegenden Publikation danken wir dem Bundesministerium der Justiz.

Inhaltsverzeichnis

Das nichteheliche Kindschaftsrecht – Perspektiven und Visionen

Eva Schumann

Unmittelbarer Anlass für den 10. Göttinger Workshop im Familienrecht waren die beiden Entscheidungen des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte (EGMR) Ende 2009 und des Bundesverfassungsgerichts (BVerfG) Mitte 2010 zur *Sorge nicht miteinander verheirateter Eltern*. Nachdem der EGMR am 3. Dezember 2009 festgestellt hatte, dass das deutsche Kindschaftsrecht Väter nichtehelich geborener Kinder[1] beim Zugang zur (gemeinsamen) elterlichen Sorge diskriminiert, insbesondere der generelle Ausschluss einer gerichtlichen Überprüfung der Alleinsorge der Mutter (§ 1626a Abs. 2 BGB) gegen Art. 8 i.V.m. Art. 14 EMRK verstößt,[2] konnte sich auch das BVerfG am 21. Juli 2010 durchringen, das in § 1626a Abs. 1 Nr. 1 BGB und § 1672 Abs. 1 BGB enthaltene *„Vetorecht" der Mutter* für verfassungswidrig zu erklären (Verstoß gegen Art. 6 Abs. 2 GG).[3] Nach Auffassung beider Gerichte ist der Gestaltungsspielraum

---

[1] Der Begriff „nichtehelich" wird zwar nicht mehr im BGB, aber noch immer vom BVerfG und BGH verwendet (vgl. nur BVerfG FamRZ 2007, S. 965 ff.; BGH NJW 2008, S. 662 ff.); in den englischsprachigen Fassungen der Entscheidungen des EGMR ist von „*born out of wedlock*" die Rede. Solange es kein statusunabhängiges Kindschaftsrecht gibt, verdeutlicht der Begriff „nichtehelich" die rechtliche Diskriminierung der Kinder und ihrer Väter.

[2] EGMR (Urt. v. 3.12.2009 – Nr. 22028/04: Zaunegger/Deutschland) FamRZ 2010, S. 103 mit Anm. *Henrich* und *Scherpe*. Dazu *Coester*, Sorgerechtliche Impulse aus Straßburg, NJW 2010, S. 482 ff.; *Löhnig*, Konsequenzen aus der Entscheidung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte zum Sorgerecht des nicht mit der Kindesmutter verheirateten Vaters, FamRZ 2010, S. 338 ff.; *Schumann*, Elterliche Sorge nicht miteinander verheirateter Eltern auf dem Prüfstand, FF 2010, S. 222 ff.

[3] BVerfGE 127, 132 = FamRZ 2010, S. 1403 mit Anm. *Luthin* = JZ 2010, S. 1004 mit Anm. *Rauscher*. Im Jahr 2003 hatte das BVerfG (BVerfGE 107, 150, 169 ff. = FamRZ 2003, S. 285, 287 ff.) die Reform noch für „derzeit" verfassungsgemäß gehalten und den Gesetzgeber lediglich verpflichtet, für sog. Altfälle eine Übergangsregelung vorzusehen und im Übrigen die tatsächliche Entwicklung zu beobachten. Kritisch dazu etwa *Fink*, Die Verwirklichung des Kindeswohls im Sorgerecht für nichtverheiratete Eltern, 2004, S. 42 ff., 173 ff.; *Mandla*, Von Straßburg und der Wirklichkeit gedrängt – das BVerfG hat sich nach sieben Jahren ein bisschen korrigiert, JR 2011, S. 185 ff.

des Gesetzgebers groß, d.h. der Gesetzgeber kann an der bislang vorgesehenen originären Alleinsorge der Mutter festhalten, sofern dem Vater die Möglichkeit eingeräumt wird, kraft richterlicher Entscheidung an der elterlichen Sorge beteiligt bzw. Inhaber der Alleinsorge zu werden; der Gesetzgeber kann aber auch eine gemeinsame elterliche Sorge ex lege vorsehen.[4]

Die derzeitige *Übergangslösung des BVerfG* zu § 1626a Abs. 1 Nr. 1 BGB folgt dem sog. Antragsmodell (gemeinsame Sorge kraft richterlicher Entscheidung auf Antrag eines Elternteils)[5] und entspricht damit weitgehend der Übergangsregelung für sog. Altfälle in Art. 224 § 2 Abs. 3 EGBGB; auch der inzwischen vorliegende *Regierungsentwurf eines Gesetzes zur Reform der elterlichen Sorge nicht miteinander verheirateter Eltern* vom 4. Juli 2012 stellt eine Variante des Antragsmodells dar.[6] Ebenso wie beim Antragsmodell werden auch beim sog. Widerspruchsmodell (gemeinsame elterliche Sorge kraft Gesetzes und Herbeiführung der Alleinsorge kraft richterlicher Entscheidung auf Widerspruch eines Elternteils) Varianten diskutiert. Auf die verschiedenen *Lösungsmodelle* und auf die vorgeschlagenen unterschiedlichen Prüfungsmaßstäbe im Hinblick auf das Kindeswohl soll hier nicht eingegangen werden,[7] sondern nur darauf hingewiesen

[4] EGMR FamRZ 2010, S. 103, 105; BVerfGE 127, 132, 147 = FamRZ 2010, S. 1403, 1405 (so auch schon BVerfGE 107, 150, 171 = FamRZ 2003, S. 285, 287). Dazu auch *Löhnig*, in diesem Band, S. 29 f.

[5] BVerfGE 127, 132, 164 = FamRZ 2010, S. 1403, 1410: In Ergänzung zu § 1626a Abs. 1 Nr. 1 BGB hat „das Familiengericht den Eltern auf Antrag eines Elternteils die elterliche Sorge oder einen Teil der elterlichen Sorge gemeinsam" zu übertragen, sofern „dies dem Kindeswohl entspricht".

[6] BR-Drs. 465/12, S. 2, 11, 17 ff. Dazu *Fink/Bitter*, Eine unendliche Geschichte – Kommt endlich die verfassungsgemäße Reform des Sorgerechts für nichteheliche Kinder?, ZKJ 2012, S. 172: „Nachdem das Bundesministerium der Justiz Anfang 2011 noch ein ‚modifiziertes Widerspruchsmodell' präferiert hatte, hat sich die Koalition aus CDU/CSU und FDP nun auf ein ‚erleichtertes Antragsverfahren' geeinigt."

[7] Vgl. dazu etwa *Coester*, Nichteheliche Elternschaft und Sorgerecht, FamRZ 2007, S. 1137, 1140 ff.; *Fink*, Die Reform des Sorgerechts für nichteheliche Kinder aus verfassungsrechtlicher und rechtsvergleichender Perspektive, ZKJ 2011, S. 154, 157 ff.; *Huber/Möll*, Die elterliche Sorge nicht miteinander verheirateter Eltern, FamRZ 2011, S. 765 ff., 770 ff.; Kinderrechtekommission des Deutschen Familiengerichtstags, Stellungnahme zur aktuellen Reformdiskussion „Sorgerecht nicht miteinander verheirateter Eltern", ZKJ 2011, S. 130 ff.; *Löhnig*, Konsequenzen aus der Entscheidung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte zum Sorgerecht des nicht mit der Kindesmutter verheirateten Vaters, FamRZ 2010, S. 338, 339 ff.; *ders.*, in diesem Band, S. 30 ff.; *Scherpe*, Nichteheliche Kinder, elterliche Sorge und die Europäische Menschenrechtskonvention, RabelsZ 73 (2009), S. 935, 954 ff.; *Schumann*, Elterliche Sorge nicht miteinander verheirateter Eltern auf dem Prüfstand, FF 2010, S. 222, 226 ff.; *Schweppe*, Die Reform des Sorgerechts nicht miteinander verheirateter Eltern – „Kleine Lösung", „Große Lösung" oder „Andere Lösung" – Ein Tagungsbericht,

werden, dass im *Regierungsentwurf* die europäische Entwicklung und das in Auftrag gegebene Forschungsvorhaben „Gemeinsame Sorge nicht miteinander verheirateter Eltern“[8] zwar kurz erwähnt werden,[9] jedoch weder die rechtsvergleichenden Erkenntnisse noch die empirischen Daten für das Reformvorhaben fruchtbar gemacht werden (zumindest lässt die Gesetzesbegründung dies nicht erkennen).

Auch auf eine detaillierte Kritik am Regierungsentwurf soll hier verzichtet werden,[10] denn zu beklagen ist vor allem, dass dem Gesetzgeber noch immer der Mut für einen großen Wurf, d.h. für ein *statusunabhängiges Kindschaftsrecht*, fehlt, obwohl dieser Ansatz nicht nur der europäischen Entwicklung,[11] sondern auch dem Kindeswohl und den verfassungsrechtlichen Vorgaben (der *Verantwortung beider Eltern für das Kind* nach Art. 6 Abs. 2 GG und dem Auftrag aus Art. 6 Abs. 5 GG) am besten entspräche. Statt an der originären Alleinsorge der Mutter festzuhalten und nur Varianten der Korrekturmöglichkeiten zu diskutieren, ginge es dann um ein originäres gemeinsames Sorgerecht für alle Kinder, bei dem Korrekturen nur noch in Fällen der Kindeswohlgefährdung oder im Elternkonflikt nötig wären.[12]

Eine *statusunabhängige Ausgestaltung der elterlichen Sorge* könnte gesetzestechnisch so verwirklicht werden, dass allen Eltern (ab dem Zeitpunkt des Feststehens der Vaterschaft und unabhängig vom Zusammenleben) kraft Gesetzes gemeinsam die elterliche Sorge zugewiesen wird. Leben die Eltern getrennt (oder tren-

ZKJ 2011, S. 171 ff.; *Schwonberg*, Das Sorgerecht des nichtehelichen Vaters, FuR 2011, S. 126, 130 ff.

[8] *Jurczyk/Walper* (Hrsg.), Gemeinsames Sorgerecht nicht miteinander verheirateter Eltern (im Druck); dazu auch *Walper/Langmeyer*, in diesem Band, S. 44 ff.

[9] BR-Drs. 465/12, S. 10.

[10] Kritik am Regierungsentwurf üben beispielsweise *Coester*, Sorgerecht nicht miteinander verheirateter Eltern, FamRZ 2012, S. 1337 ff.; *Fink/Bitter*, Eine unendliche Geschichte – Kommt endlich die verfassungsgemäße Reform des Sorgerechts für nichteheliche Kinder?, ZKJ 2012, S. 172 ff.; *Huber/Antomo*, Die Neuregelung der elterlichen Sorge nicht miteinander verheirateter Eltern, FamRZ 2012, S. 1257 ff.; *Keuter*, Vereinfachtes Verfahren zur Übertragung der gemeinsamen elterlichen Sorge – ein Fremdkörper in Kindschaftssachen, FamRZ 2012, S. 825 ff.; *Löhnig*, in diesem Band, S. 31.

[11] Immerhin haben 18 von 27 Staaten der Europäischen Union ein gemeinsames Sorgerecht nicht miteinander verheirateter Eltern kraft Gesetzes; dazu *Fink*, Die Reform des Sorgerechts für nichteheliche Kinder aus verfassungsrechtlicher und rechtsvergleichender Perspektive, ZKJ 2011, S. 154, 156 f.; *Dethloff*, Kindschaftsrechts des 21. Jahrhunderts, Rechtsvergleichung und Zukunftsperspektiven, ZKJ 2009, S. 141 ff. Vgl. auch *dies.*, in diesem Band, S. 13 ff.

[12] Vgl. dazu auch *Coester*, Sorgerechtliche Impulse aus Straßburg, NJW 2010, S. 482, 483 f.

nen sie sich später) und besteht ein Elternkonflikt in Bezug auf die Ausübung der gemeinsamen Sorge, so könnte mit Hilfe der derzeitigen Regelung in § 1671 BGB die elterliche Sorge kraft richterlicher Entscheidung auf einen Elternteil übertragen werden. Diese Lösung, die auch im Schrifttum immer mehr Anhänger findet,[13] besticht nicht nur gesetzestechnisch durch Einfachheit und Klarheit, sondern trägt vor allem dem sozialen Wandel Rechnung, denn die große Mehrheit der nicht miteinander verheirateten Eltern lebt zum Zeitpunkt der Geburt des Kindes zusammen oder führt eine Partnerschaft ohne gemeinsamen Haushalt.[14]

Um in den Fällen, in denen die Mutter den Kindesvater ablehnt, eine Vorverlagerung des Konflikts auf das *Abstammungsrecht* (Verweigerung der notwendigen Zustimmung zur Anerkennung nach § 1595 Abs. 1 BGB)[15] zu vermeiden bzw. um diese Fälle einzudämmen, könnte sich beispielsweise an ein (aufgrund fehlender Zustimmung der Mutter) gescheitertes Vaterschaftsanerkenntnis ein von Amts wegen betriebenes Verfahren zur Klärung der Vaterschaft anschließen, denn dies dürfte dazu beitragen, dass weder leichtfertig anerkannt noch leichtfertig die Zustimmung zum Anerkenntnis verweigert wird.

Die statusunabhängige Ausgestaltung der elterlichen Sorge würde zudem auch an anderen Stellen zu deutlichen Vereinfachungen führen. Bei Ausfall eines Elternteils (z.B. aufgrund von Krankheit, Tod oder Sorgerechtsentziehung) wären einheitliche Regelungen für alle Kinder vorzusehen (und die verfassungsrechtlich bedenklichen Normen § 1678 Abs. 2 BGB und § 1680 Abs. 2 S. 2, Abs. 3 BGB zu streichen).[16] Die in den genannten Normen enthaltene posi-

---

[13] Etwa *Löhnig*, Konsequenzen aus der Entscheidung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte zum Sorgerecht des nicht mit der Kindesmutter verheirateten Vaters, FamRZ 2010, S. 338, 340 f.; *ders.*, in diesem Band, S. 35 f.; *Keuter*, Vereinfachtes Verfahren zur Übertragung der gemeinsamen elterlichen Sorge – ein Fremdkörper in Kindschaftssachen, FamRZ 2012, S. 825, 826 f.; *Muscheler*, Die elterliche Sorge des nichtehelichen Vaters, in: Helms/Zeppernick (Hrsg.), Festschrift für Frank, 2008, S. 463, 470 f.; *Schweppe*, Die Reform des Sorgerechts nicht miteinander verheirateter Eltern – „Kleine Lösung", „Große Lösung" oder „Andere Lösung" – Ein Tagungsbericht, ZKJ 2011, S. 171, 173 f.

[14] Nach *Walper/Langmeyer*, in diesem Band, S. 46 leben bei der Geburt des Kindes ca. 77 % der Eltern zusammen und weitere 11 % leben in einer Beziehung ohne gemeinsamen Haushalt. Vgl. auch *Coester*, Sorgerecht nicht miteinander verheirateter Eltern, FamRZ 2012, S. 1337, 1342 f.

[15] Dazu *Coester*, Nichteheliche Elternschaft und Sorgerecht, FamRZ 2007, S. 1137, 1140; *Huber/Möll*, Die elterliche Sorge nicht miteinander verheirateter Eltern, FamRZ 2011, S. 765, 771. Zur Problematik auch *Helms*, in diesem Band, S. 85 f.

[16] Zu den im Regierungsentwurf vorgesehenen Änderungen BR-Drs. 465/12, S. 2 f., 25 f.

tive Kindeswohlprüfung ist nicht mit Art. 6 Abs. 2 GG vereinbar,[17] denn in Fällen, in denen der Staat weder in seiner Funktion als Wächter (Kindeswohlgefährdung) noch als Schlichter im Elternkonflikt zum Eingriff in das Elternrecht berechtigt ist, steht die Elternverantwortung den Eltern uneingeschränkt zu, so dass beim Ausfall des alleinsorgeberechtigten Elternteils im Hinblick auf die Übertragung der elterlichen Sorge auf den anderen Elternteil – wenn überhaupt – nur eine negative Kindeswohlprüfung von Verfassungs wegen zulässig wäre.[18] Im *Adoptionsrecht* würde eine statusunabhängige Ausgestaltung der elterlichen Sorge zur Streichung von § 1747 Abs. 3 BGB und § 1748 Abs. 4 BGB führen;[19] lediglich für die Fälle, in denen zum Zeitpunkt der Adoptionsfreigabe durch die Mutter noch kein Vater feststeht, wäre weiterhin eine Sonderregelung nötig. Schließlich erfordert ein statusunabhängiges Kindschaftsrecht keine Sonderregelungen im Verfahrensrecht (während der Regierungsentwurf jetzt eine Neuregelung in § 155a FamFG-E vorsieht).[20]

Eine solche Neukonzeption des Kindschaftsrechts, bei der konsequent nicht mehr an den Status der Eltern, sondern an Realbeziehungen des Kindes zu seinen Eltern angeknüpft wird, bleibt derzeit freilich eine in weiter Ferne liegende Vision.[21] Die derzeitige Perspektive liegt mit dem Regierungsentwurf vor, der vielleicht im laufenden Gesetzgebungsverfahren noch leicht modifiziert wird, sich aber kaum grundlegend ändern dürfte. Insoweit steht der Regie-

---

[17] Zur verfassungskonformen Auslegung von § 1680 Abs. 2 S. 2 BGB BVerfG FamRZ 2006, S. 385, 386 mit Anm. *Luthin*.

[18] So auch *Coester*, Verfassungsrechtliche Vorgaben für die gesetzliche Ausgestaltung des Sorgerechts nicht miteinander verheirateter Eltern, FPR 2005, S. 60, 64 f.; *ders.*, Nichteheliche Elternschaft und Sorgerecht, FamRZ 2007, S. 1137, 1144. So im Ergebnis auch BGH FamRZ 2007, S. 1969 bei Adoptionsfreigabe des Kindes durch die Mutter und dem Vorliegen eines Antrags des Vaters auf Übertragung der elterlichen Sorge nach § 1672 Abs. 1 BGB.

[19] Der Regierungsentwurf hält hingegen an beiden Normen fest und modifiziert sie nur leicht (es handelt sich überwiegend um redaktionelle Änderungen); BR-Drs. 465/12, S. 3, 27 f. Zu § 1747 Abs. 3 BGB und § 1748 Abs. 4 BGB vgl. auch *Meyer*, in diesem Band, S. 72 ff. Zur verfassungskonformen Auslegung von § 1748 Abs. 4 BGB im Falle der Stiefkindadoption BVerfG FamRZ 2006, S. 94 und S. 1355.

[20] Kritisch etwa *Coester*, Sorgerecht nicht miteinander verheirateter Eltern, FamRZ 2012, S. 1337, 1341 f.; *Fink/Bitter*, Eine unendliche Geschichte – Kommt endlich die verfassungsgemäße Reform des Sorgerechts für nichteheliche Kinder?, ZKJ 2012, S. 172, 173 f.; *Keuter*, Vereinfachtes Verfahren zur Übertragung der gemeinsamen elterlichen Sorge – ein Fremdkörper in Kindschaftssachen, FamRZ 2012, S. 825, 826 f.

[21] Eine Vision, die „auf politischer Ebene […] derzeit nicht mehrheitlich gewünscht“ ist (so die Verlautbarungen aus dem Bundesministerium der Justiz; zit. nach *Schweppe*, Die Reform des Sorgerechts nicht miteinander verheirateter Eltern – „Kleine Lösung“, „Große Lösung“ oder „Andere Lösung“ – Ein Tagungsbericht, ZKJ 2011, S. 171, 175).

rungsentwurf in einer jahrzehntelangen Tradition, die vor allem dadurch gekennzeichnet ist, dass sämtliche Gesetzgeber das nichteheliche Eltern-Kind-Verhältnis regelmäßig nur auf Druck des BVerfG (später auch des EGMR) „häppchenweise“ reformiert haben.[22] So gesehen überrascht es auch nicht, dass das folgende, inzwischen fast drei Jahrzehnte alte Zitat von *Kropholler* zum nichtehelichen Kindschaftsrecht noch immer aktuell ist:

> „Bei einer solchen Aneinanderreihung kindschaftsrechtlicher Teilreformen ist es unvermeidbar, daß größere Zusammenhänge nicht gesehen oder nicht hinreichend durchleuchtet werden […]. Es ist deshalb davor zu warnen, immer nur auf dem Wege der Teilreformen fortzuschreiten und das Flickwerk lediglich von Zeit zu Zeit aus aktuellem Anlaß um einen weiteren Lappen zu ergänzen.“[23]

[22] Die Liste ist lang und kann hier nur schlaglichtartig beleuchtet werden: (1) BVerfGE 8, 210 (Okt. 1958) und BVerfGE 25, 167 (Jan. 1969) führen im Juli 1970 zum *Gesetz über die rechtliche Stellung der nichtehelichen Kinder* (BGBl. I 1969, S. 1243); (2) BVerfGE 84, 168 (Mai 1991) und BVerfGE 92, 158 (März 1995) werden 1998 mit dem *Kindschaftsrechtsreformgesetz* (BGBl. I 1997, S. 2942) umgesetzt; (3) auf BVerfGE 107, 150 folgt noch im selben Jahr das *Gesetz zur Umsetzung familienrechtlicher Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts* (BGBl. I 2003, S. 2547); (4) BVerfGE 108, 82 (April 2003) mündet ein Jahr später im *Gesetz zur Änderung der Vorschriften über die Anfechtung der Vaterschaft und das Umgangsrecht von Bezugspersonen des Kindes* (BGBl. I 2004, S. 598); (5) BVerfGE 118, 45 (Feb. 2007) führt zu einer Nachbesserung der Unterhaltsrechtsreform im *Gesetz zur Änderung des Unterhaltsrechts* (BGBl. I 2007, S. 3189); (6) EGMR FamRZ 2009, S. 1293 (Mai 2009) wird 2011 mit dem *Zweiten Erbrechtsgleichstellungsgesetz* (BGBl. I 2011, S. 615) umgesetzt; (7) EGMR FamRZ 2010, S. 103 (Dez. 2009) und BVerfGE 127, 132 (Juli 2010) führen zum *Regierungsentwurf eines Gesetzes zur Reform der elterlichen Sorge nicht miteinander verheirateter Eltern* (BR-Drs. 465/12); (8) als Reaktion auf EGMR FamRZ 2011, S. 269 (Dez. 2010) hat das Bundesministerium der Justiz inzwischen einen *Referentenentwurf eines Gesetzes zur Stärkung der Rechte des leiblichen, nicht rechtlichen Vaters* vorgelegt.

[23] *Kropholler*, Kritische Bestandsaufnahme im Nichtehelichenrecht, AcP 185 (1985), S. 244, 306.

Sorge nicht miteinander verheirateter Eltern aus rechtsvergleichender Perspektive*

Nina Dethloff

I. Einleitung

Wie groß heute in Europa die Bedeutung der Rechtsvergleichung auf dem Gebiet des Familienrechts ist,[1] zeigt schon der Blick auf die Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte. Bei der Beurteilung von Verstößen gegen die Europäische Menschenrechtskonvention kommt es regelmäßig darauf an, ob ein europäischer Konsens oder Gemeinsamkeiten in den gesetzlichen Regelungen der Vertragsstaaten bestehen. So hat der Gerichtshof

---

* Für ihre wertvolle Unterstützung bei der Vorbereitung dieses Beitrags danke ich Wiss. Mit. Alexandra Maschwitz.

[1] Näher hierzu *Boele-Woelki*, What comparative family law should entail, Utrecht Law Review, Volume 4, Issue 2, 2008, S. 1 ff.; allgemein zu den Aufgaben der Rechtsvergleichung *Basedow*, Der Standort des Max-Planck-Instituts – Zwischen Praxis, Rechtspolitik und Privatrechtswissenschaft, in: Basedow/Drobnig u.a. (Hrsg.), Aufbruch nach Europa, 75 Jahre Max-Planck-Institut für Privatrecht, 2001, S. 3, 10 ff.; *Kötz*, Alte und neue Aufgaben der Rechtsvergleichung, JZ 2002, S. 257 ff.

auch in der Entscheidung *Zaunegger* vom 3.12.2009,[2] die Anlass für die aktuelle Debatte um die Reform des Sorgerechts nicht miteinander verheirateter Eltern ist, maßgeblich auf die Rechtslage in anderen Konventionsstaaten und den bestehenden *common ground* abgestellt.[3] Dieser bestimmt den Spielraum, der dem deutschen Gesetzgeber bei der Beurteilung der Frage zusteht, ob in der Verweigerung der gemeinsamen Sorge eine nicht gerechtfertigte Ungleichbehandlung des unverheirateten Vaters liegt. Der Gerichtshof hatte hierzu bekanntlich festgestellt, dass eine bei Geburt zunächst bestehende Alleinsorge der Mutter für den Fall fehlender übereinstimmender Sorgeerklärungen angesichts der unterschiedlichen Umstände, in die nichteheliche Kinder hineingeboren würden, mit der Konvention zu vereinbaren sei.[4]

Anders hat er hingegen hinsichtlich des allgemeinen Ausschlusses der gerichtlichen Überprüfung dieser originären Alleinsorge der Mutter entschieden. Ein solcher ist aus Gründen des Kindeswohls unverhältnismäßig und stellt damit eine Verletzung von Art. 14 i.V.m. Art. 8 EMRK dar.[5] Es gebe zwar keinen europäischen Konsens darüber, ob Väter nichtehelicher Kinder ein Recht haben, die gemeinsame Sorge auch ohne Zustimmung der Mutter zu beantragen. Der gemeinsame Ausgangspunkt in der Mehrheit der Mitgliedstaaten sei aber, dass Entscheidungen über das Sorgerecht auf das Kindeswohl gestützt sein müssen und dass bei Streit zwischen den Eltern Gerichte entscheiden.

Damit erweist sich, dass durch Rechtsvergleichung ermittelte Standards einen erheblichen Reformdruck bewirken.[6] Regelungen, die sich zu weit von gemeinsamen europäischen Grundprinzipien entfernen, können keinen Bestand haben. Betroffen sind nicht nur die deutschen Regelungen, die das Bundesverfassungsgericht im vergangenen Jahr nun ebenfalls beanstandet hat,[7] sondern auch Vorschriften in Österreich und der Schweiz – den einzigen anderen Ländern in Europa, in denen eine gemeinsame Sorge noch ganz vom Einverständnis der Mutter abhängt.[8] Im Mai vergangenen Jahres hat denn auch der Gerichtshof in

[2] EGMR Urt. v. 3.12.2009 – 22028/04 (Zaunegger/Deutschland).
[3] EGMR Urt. v. 3.12.2009 – 22028/04 (Zaunegger/Deutschland) Rn. 22 ff.
[4] EGMR Urt. v. 3.12.2009 – 22028/04 (Zaunegger/Deutschland) Rn. 55.
[5] EGMR Urt. v. 3.12.2009 – 22028/04 (Zaunegger/Deutschland) Rn. 64.
[6] Vgl. hierzu auch schon *Rixe*, Der EGMR als Motor einer Harmonisierung des Familienrechts in Europa, FPR 2008, S. 222 ff.
[7] BVerfGE 127, 132.
[8] Für einen rechtsvergleichenden Überblick schon *Dethloff*, Das Sorgerecht nicht miteinander verheirateter Eltern aus rechtsvergleichender Sicht, JAmt 2005, S. 213 ff.; *dies.*, Familienrecht, 30. Aufl. 2012, § 13 Rn. 246 ff.; siehe auch die Länderberichte der Commission on European Family Law, in: Boele-Woelki/Braat/Curry-Sumner (Hrsg.), European Fa-

Straßburg in der Rechtssache *Sporer* gegen Österreich der österreichischen Regelung einen Verstoß gegen Art. 14 i.V.m. Art. 8 EMRK attestiert.[9]

Vor diesem Hintergrund wird im Folgenden ein Überblick über das Sorgerecht unverheirateter Eltern in anderen Ländern gegeben. Näher wird insbesondere auch auf die Reformbestrebungen in Österreich und der Schweiz eingegangen, wo bereits Entwürfe für eine Neuregelung vorliegen. Der Blick über die Grenzen lässt das Spektrum möglicher Regelungen erkennen und erlaubt es, die Erfahrungen anderer Rechtsordnungen für die deutsche Diskussion fruchtbar zu machen. Rechtsvergleichung kann so auch der Rechtspolitik nützen. In fast allen westlichen Ländern haben sich nämlich die familiären Lebensformen, denen Gesetzgeber bei der Gestaltung des Sorgerechts Rechnung tragen müssen, stark gewandelt. Praktisch überall hat nicht nur die Zahl der nichtehelichen Geburten, sondern auch die der nichtehelichen Familien zugenommen. Kinder, deren Eltern nicht verheiratet sind, wachsen immer häufiger auch mit ihren Vätern auf oder haben jedenfalls eine engere Beziehung zu ihnen. Diesem Wandel haben die meisten Rechtsordnungen bereits vor geraumer Zeit durch Reformen Rechnung getragen und eine erheblich größere oder gleiche Beteiligung unverheirateter Väter am Sorgerecht vorgesehen.

Trotz dieser Gemeinsamkeiten in der Entwicklung ist die Vielfalt der Regelungen im Einzelnen groß. Dies beruht nicht nur auf oftmals gänzlich unterschiedlichen Entwicklungen und Konzeptionen elterlicher Sorge oder Verantwortung, sondern auch darauf, dass im Tatsächlichen trotz des nicht zu übersehenden Trends hin zu nichtehelicher Elternschaft durchaus erhebliche Unterschiede bestehen: Während die Zahl der nichtehelichen Geburten im Jahr 2010 etwa in Island 64 % oder in Estland 59 % betrug, wurden in Griechenland oder Kroatien nur 7 % bzw. 13 % der Kinder außerhalb einer Ehe geboren.[10] Auch lebt in manchen Ländern wie zum Beispiel in Schweden, Norwegen oder auch Frankreich der überwiegende Teil der nicht miteinander verheirateten Eltern zusammen, in anderen Ländern ist dies nur in deutlich geringerem Maße der Fall. Betrachtet man etwa eine Momentaufnahme der Haushalte mit Minderjährigen, so wächst in manchen Ländern ein signifikanter Anteil von Kindern mit

mily Law in Action, Volume III: Parental Responsibilities, 2005, insbesondere zu den Fragen Nr. 20, 22 und 24.

[9] EGMR Urt. v. 3.2.2011 – 35637/03 (Sporer/Österreich).

[10] Eurostat, Tables, Graphs and Maps Interface – Nichtehelich Lebendgeborene, abrufbar unter http://epp.eurostat.ec.europa.eu/tgm/table.do?tab=table&init=1&language=de&pcode=tps00018&plugin=1.

Eltern auf,[11] die in nichtehelicher Lebensgemeinschaft leben, so 27 % in Schweden, 21 % in Frankreich oder 20 % in Slowenien.[12] In anderen Ländern ist dies dagegen ausgesprochen selten: So wohnen zum Beispiel in Griechenland nur 2 % aller Kinder in einem Haushalt mit nicht verheirateten Eltern.[13] Dies ist natürlich zu berücksichtigen, wenn es darum geht, ausländische Regelungen in der deutschen Diskussion heranzuziehen.

In dem folgenden rechtsvergleichenden Überblick werden zunächst die verschiedenen Grundmodelle der Sorge unverheirateter Eltern vorgestellt (II.). Neben dem Modell des deutschen Rechtskreises, das im Verschwinden begriffen ist, sind drei Regelungstypen auszumachen, denen sich die vielfältigen Regelungen im Ergebnis zuordnen lassen. Diese unterscheiden sich zwar hinsichtlich der originären Zuordnung bei Geburt eines nichtehelichen Kindes, sehen aber alle zumindest die Möglichkeit einer Beteiligung des Vaters vor. Sie entsprechen folglich sämtlich dem vom Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte in den Entscheidungen *Zaunegger* und *Sporer* benannten *common ground* und genügen insofern den Anforderungen der EMRK. Der erste Typ sieht eine kraft Gesetzes mit der Geburt bestehende Sorge beider Eltern vor (1.). Das zweite Regelungsmodell macht ein Sorgerecht unverheirateter Eltern von deren Zusammenleben abhängig (2.). Dem dritten Modell sind solche Regelungen zuzurechnen, die bei Geburt des Kindes von einer Alleinsorge der Mutter ausgehen, es dem Vater aber auf unterschiedlichem Weg ermöglichen, ein Sorgerecht zu erlangen (3.). Nach diesem Überblick über die verschiedenen Modelle wird der Frage nachgegangen, wie das elterliche Sorgerecht inhaltlich ausgestaltet ist (III.). Welche Bedeutung nämlich den Unterschieden zwischen den verschiedenen Modellen zukommt, ergibt sich erst, wenn man die Gestaltung des Sorgerechts näher in den Blick nimmt. Was besagt es, wenn beiden Elternteilen die Sorge zusteht? Und vor allem, welche Befugnisse stehen bei Getrenntleben dem Elternteil zu, bei dem das Kind lebt?

[11] Erfasst wurden allerdings nicht nur biologische Eltern, sondern auch Pflege- und Adoptiveltern sowie neue Partner eines biologischen Elternteils.
[12] Zahlen jeweils für 2008 bzw. für Frankreich für 2007 Eurostat, Statistics in Focus 52/2011, S. 4, abrufbar unter http://epp.eurostat.ec.europa.eu/cache/ITY_OFFPUB/KS-SF-11-052/EN/KS-SF-11-052-EN.PDF.
[13] Zahl für 2008 Eurostat, Statistics in Focus 52/2011, S. 4.

II. Grundmodelle

1. Sorge beider Eltern kraft Gesetzes

Am weitesten verbreitet ist nicht nur in Europa, sondern allgemein in westlichen Ländern ein kraft Gesetzes mit der Geburt bestehendes Sorgerecht beider Eltern. In der Mehrzahl der Mitgliedstaaten der Europäischen Union sind mittlerweile die unverheirateten Eltern den verheirateten weitgehend gleichgestellt, wobei freilich zu berücksichtigen ist, dass sich auch die für Ehegatten geltenden Regelungen von Land zu Land unterscheiden. Unverheirateten Eltern steht damit grundsätzlich wie verheirateten unabhängig von einer Vereinbarung oder einer gerichtlichen Entscheidung mit der Geburt des Kindes beiden die elterliche Sorge zu. In Europa ist dies vor allem in den osteuropäischen Staaten[14] sowie in den meisten Ländern des romanischen Rechtskreises, etwa in Frankreich[15], Belgien[16] oder Spanien[17] der Fall. Eine vom Status der Eltern unabhängige Ausgestaltung des Sorgerechts herrscht aber auch in einzelstaatlichen Regelungen der USA, Australiens und Kanadas vor.

a) Feststehen der Elternschaft

Stets ist Voraussetzung für das Bestehen eines solchen Sorgerechts beider Elternteile, dass deren Elternschaft feststeht. Anders als bei Kindern, deren Eltern verheiratet sind und bei denen in praktisch allen Rechten der Ehemann der Mutter rechtlicher Vater des Kindes ist, bedarf es bei Geburt außerhalb einer Ehe jedenfalls in den meisten Ländern entweder eines Vaterschaftsanerkenntnisses oder einer gerichtlichen Feststellung der Vaterschaft. An diesem Punkt zeigen sich bereits erste signifikante Unterschiede zwischen den Regelungen: In manchen Rechtsordnungen kommt es nur darauf an, dass die Vaterschaft überhaupt feststeht, so vor allem in Osteuropa und Russland[18], aber etwa auch in Belgien[19] oder Australien[20]. In Russland etwa wird das Elternrecht traditionell als persönliches, unabdingbares Recht eines jeden Elternteils angesehen,

---

[14] Art. 122 bulg. Familiengesetzbuch v. 18.6.2009; Art. 3.156 lit. Zivilgesetzbuch v. 18.7.2000; Art. 61 russ. Familiengesetzbuch v. 29.12.1995; Art. 34 Abs. 1 tschech. Familiengesetzbuch v. 4.12.1963; Art. 93 § 1 poln. Familien- und Vormundschaftsgesetzbuch v. 25.2.1964.

[15] Art. 372 Abs. 1 franz. Code Civil.

[16] Art. 373 Abs. 1, Art. 374 Abs. 1 belg. Code Civil.

[17] Art. 156 Abs. 1 span. Código Civil.

[18] Art. 61 i.V.m. Art. 47 ff. russ. Familiengesetzbuch v. 29.12.1995.

[19] Art. 372 ff. belg. Code Civil; siehe auch Art. 334 belg. Code Civil.

[20] Vgl. Sec. 61C Abs. 1 austr. Family Law Act 1975 (Commonwealth).

das unmittelbar an die Blutsverwandtschaft geknüpft wird. Ziel dieses schon mit der Russischen Revolution eingeführten Grundsatzes ist es, nichteheliche Kinder ehelichen Kindern vollständig gleichzustellen.[21] Hieran hat man in postsozialistischer Zeit festgehalten und entsprechende Regelungen in den seither verabschiedeten Reformgesetzen vorgesehen, so etwa 1995 in Russland sowie jüngst in Bulgarien[22]. An der vollständigen Gleichstellung im Bereich des Sorgerechts wird aber etwa in Russland durchaus auch Kritik geübt, da sie nicht immer dem Kindeswohl entspreche.[23] Vorzuziehen sei es, kraft Gesetzes lediglich Zahlungspflichten des biologischen Vaters vorzusehen, ihm aber nur bei freiwilliger Anerkennung seiner Vaterschaft Rechte, wie insbesondere das Sorgerecht, zuzugestehen.[24]

b) Notwendigkeit eines Anerkenntnisses

Dies ist denn auch die andere Form der Gleichstellung: So steht den Eltern in vielen romanischen Rechtsordnungen das Sorgerecht nur bei Anerkenntnis der Kindschaft, nicht dagegen bei gerichtlicher Feststellung zu. Der besonderen Tradition des romanischen Rechtskreises entsprechend ist dort oft nach wie vor eine Anerkennung sowohl des Vaters als auch der Mutter erforderlich, wobei letztere freilich heute meist durch Benennung der Mutter im Geburtsregister erfolgt. Dementsprechend steht etwa in Spanien Vater und Mutter nach Anerkennung der Kindschaft jeweils die so genannte elterliche Gewalt zu.[25] Gleiches gilt zum Beispiel auch in Malta.[26] In Frankreich genügt seit einer Reform des Rechts der Sorge unverheirateter Eltern im Jahr 2002 ebenfalls die Anerkennung. Nicht mehr erforderlich ist, dass die Eltern zu diesem Zeitpunkt zusammenlebten, wie dies zuvor der Fall war. Das Anerkenntnis muss aber

[21] *Khazova*, Allocation of Parental Rights and Responsibilities after Separation and Divorce under Russian Law, 39 Fam.L.Q. 2005-2006, S. 373, 378.

[22] So hält das neue bulgarische Familiengesetzbuch von 2009 in Art. 122 an den elterlichen Rechten und Pflichten beider Elternteile fest.

[23] *Khazova*, Allocation of Parental Rights and Responsibilities after Separation and Divorce under Russian Law, 39 Fam.L.Q. 2005-2006, S. 373, 377; so auch *Antokolskaia*, The 1995 Family Code, A New Approach to the Regulation of Family Relations, 22 Rev. of Central & East Eur. L. (1996), S. 635, 656 f.

[24] *Khazova*, Allocation of Parental Rights and Responsibilities after Separation and Divorce under Russian Law, 39 Fam.L.Q. 2005-2006, S. 373, 377.

[25] Nicht aber bei Vaterschaftsfeststellung, vgl. Art. 111 span. Código Civil.

[26] Art. 90 Abs. 1 malt. Code Civil.

innerhalb des ersten Jahres nach der Geburt erfolgen,[27] was in der weit überwiegenden Zahl der Fälle geschieht.[28]

Eine gemeinsame Sorge bei Anerkenntnis der Vaterschaft sah auch der Vorentwurf einer Revision des Zivilgesetzbuches von 2009 in der Schweiz vor: Dort steht derzeit noch die elterliche Sorge für ein nichtehelich geborenes Kind allein der Mutter zu[29] und kann nur auf gemeinsamen Antrag hin beiden Eltern übertragen werden. Der seit kurzem vorliegende Entwurf ist nun allerdings von einem gemeinsamen Sorgerecht kraft Gesetzes abgerückt und sieht ein anderes Modell vor, auf das noch zurückzukommen sein wird.[30]

Setzt die gemeinsame Sorge das Anerkenntnis voraus, so wird das kraft Gesetzes eintretende Sorgerecht an die freiwillige Begründung des Eltern-Kind-Verhältnisses geknüpft. Als Vorteil dieses Regelungsmodells wird denn auch gesehen, dass vor allem dem sorgeunwilligen Vater das Sorgerecht nicht aufgedrängt wird. Vielmehr signalisiert der Vater durch das Anerkenntnis die Bereitschaft zur Übernahme von Elternverantwortung. Inwieweit dieses tatsächlich ein Indiz hierfür darstellt, hängt ganz von der Ausgestaltung des Abstammungsrechts ab. Ein Vaterschaftsanerkenntnis ist oft, wenn auch keineswegs überall, nur mit Zustimmung der Mutter möglich.[31] Die Mutter kann damit unter Umständen mittelbar das Sorgerecht blockieren, indem sie ihre Zustimmung zur Anerkennung verweigert. Zum Teil besteht aber darüber hinaus die Möglichkeit, die gemeinsame Sorge auch aufgrund gerichtlicher Entscheidung zu erlangen. Dies ist etwa in Frankreich der Fall, wenn nur ein Elternteil sorgeberechtigt ist, weil die Abstammung zu dem anderen nicht durch Anerkenntnis, sondern durch Urteil festgestellt wurde.[32]

Auch das englische Recht sieht trotz anderer Grundkonzeption ähnliche Wege zur Sorge beider Elternteile vor: Seit der Reform des Children Act 1989 im Jahre 2002 kann der nicht mit der Mutter verheiratete Vater dadurch die El-

[27] Art. 372 Abs. 2 franz. Code Civil.
[28] Vgl. die Erhebung im Zusammenhang mit der Reform 2002 Assemblée nationale, Rapport n° 3117, fait au nom de la commission des lois, 7.6.2001, abrufbar unter http://www.assemblee-nationale.fr/11/rapports/r3117.asp.
[29] Gem. Art. 298 Abs. 1 schweiz. Zivilgesetzbuch.
[30] Siehe unten unter II. 3.
[31] Bspw. Art. 329bis § 2 Abs. 1 belg. Code Civil; Art. 3.142 Abs. 1 lit. Zivilgesetzbuch v. 18.7.2000; Art. 72 § 3 poln. Familien- und Vormundschaftsgesetzbuch v. 25.2.1964; Art. 48 Abs. 3 russ. Familiengesetzbuch v. 29.12.1995; s.a. *Dethloff*, Familienrecht, 30. Aufl. 2012, § 10 Rn. 106.
[32] Art. 372 Abs. 2 franz. Code Civil.

ternverantwortung erlangen, dass er als Vater des Kindes in der Geburtsurkunde registriert wird.[33] Daneben existiert zwar noch die schon zuvor bestehende Möglichkeit, dass beide eine förmliche Vereinbarung über die Elternverantwortung vor einer zuständigen Gerichtsperson treffen. Bereits 2005 erlangte der Vater jedoch in 84 % der Fälle – die Tendenz ist steigend – auf dem einfachen Weg der Registrierung als Vater elterliche Verantwortung.[34] Diese Registrierung muss aber – wie das Anerkenntnis in anderen Systemen – grundsätzlich entweder gemeinsam mit der Mutter oder mit ihrer Zustimmung erfolgen.[35] Fehlt es daran, bleibt dem Vater auch hier nur die Anrufung des Gerichts, um die elterliche Sorge im Wege einer *parental responsibility order* oder im Zusammenhang mit einer *residence order* zu erlangen.[36] Mit letzterer begehrt er primär, dass das Kind bei ihm leben soll. Verbunden ist mit ihr zugleich auch die Elternverantwortung. Maßstab ist in beiden Fällen das Kindeswohl, das auch im englischen Recht vorrangiges Prinzip ist.

In den bislang erwähnten Rechtsordnungen steht die Sorge Eltern, die nicht miteinander verheiratet sind, ebenso wie miteinander verheirateten regelmäßig unabhängig von einem Zusammenleben zu. Weder müssen sie bei der Geburt in häuslicher Gemeinschaft leben, um das Sorgerecht zu erlangen, noch ist eine solche Voraussetzung für den Fortbestand der Sorge. Als Vorteil der vollständigen Gleichstellung wird daher angesehen, dass der internationalen Entwicklung bei Scheidung entsprechend auch bei Trennung unverheirateter Eltern grundsätzlich beide Elternteile weiter sorgeberechtigt sind und eine Alleinsorge nur auf Antrag aus Gründen des Kindeswohls eingeräumt wird.[37]

2. Sorge beider Eltern bei Zusammenleben

Beim zweiten Modell hängt eine gemeinsame Sorge kraft Gesetzes vom Zusammenleben der Eltern ab. Dieses Modell ist erheblich weniger weit verbrei-

---

[33] Sec. 4 (1a) Children Act 1989, geändert durch Sec. 111 (2a) Adoption and Children Act 2002.

[34] Department for Work and Pensions, Joint birth registration: promoting parental responsibility, 2007, S. 10, abrufbar unter http://www.dwp.gov.uk/docs/joint-registration-of-births-gp.pdf.

[35] Sec. 10, 10A Birth and Deaths Registration Act 1953. Eine Registrierung ist zudem dann möglich, wenn sich die Vaterschaft zumindest indirekt aus einem vorhergehenden Gerichtsentscheid (z.B. *order on financial provision*) ergibt.

[36] *Lowe/Douglas*, Bromley's Family Law, 10. Aufl. 2007, S. 414 ff.; siehe auch *Scherpe*, Nichteheliche Kinder, elterliche Sorge und die Europäische Menschenrechtskonvention, RabelsZ 73 (2009), S. 935, 938 ff.

[37] Art. 373-2 Abs. 1, Art. 373-2-1 Abs. 1 franz. Code Civil; Art. 107 poln. Familien- und Vormundschaftsgesetzbuch v. 25.2.1964.

tet. Zwar gibt es durchaus Rechtsordnungen, die *generell*, d.h. unabhängig vom Status der Eltern, vorsehen, dass diese die Sorge nur gemeinsam ausüben, wenn sie zusammenleben, so etwa in Serbien[38], Spanien[39] und zum Teil auch in kanadischen Provinzen[40]. Seltener ist dagegen anzutreffen, dass unverheiratete Eltern *anders* als verheiratete nur im Falle ihres Zusammenlebens kraft Gesetzes beide sorgeberechtigt sind, wie dies zum Beispiel im dänischen Recht der Fall ist. Seit der Einführung des Gesetzes über die elterliche Verantwortung im Jahr 2007 haben dort Eltern, die beim Einwohnermeldeamt unter derselben Anschrift geführt werden bzw. in den letzten zehn Monaten vor der Geburt des Kindes geführt wurden, ebenfalls die Sorge gemeinsam inne.[41] Soweit die Vaterschaft durch Anerkennung oder Urteil feststeht, sind die Eltern beide gemeinsam sorgeberechtigt. Bei Trennung wie bei Scheidung besteht das Sorgerecht fort;[42] es kann jedoch ein Antrag auf Alleinsorge gestellt werden.[43] Ähnlich steht in Island nicht miteinander verheirateten Eltern dann mit der Geburt gemeinsam die Sorge zu, wenn sie ihr Zusammenleben haben registrieren lassen,[44] bzw. auch ohne entsprechende Registrierung in Norwegen.[45]

In Belgien und Frankreich wurde die gemeinsame Sorge bei nicht miteinander verheirateten Eltern zunächst ebenfalls an die Voraussetzung geknüpft, dass die Eltern in häuslicher Gemeinschaft lebten.[46] Gerade für die wachsende Zahl der zusammenlebenden, nicht miteinander verheirateten Eltern wurde eine gemeinsame Sorge als sachgerecht angesehen. Denn es bedarf keines besonderen Aktes seitens der Eltern, den diese möglicherweise unterlassen, ohne dass Gründe des Kindeswohls sie hierzu veranlassen. Freilich ist das Kriterium des

[38] Art. 75 Abs. 2, Art. 77 Abs. 2 serb. Familiengesetz.
[39] Art. 156–5 span. Código Civil.
[40] British Columbia: Sec. 27 (1)-(3) und (5) Family Relations Act, RSBC 1996, c 128; Ontario: Sec. 20 (4) Children's Law Reform Act, R.S.O. 1990, c 12; Saskatchewan: Sec. 3 (2) Children's Law Act, SS 1997, c C-8.2. Nicht hingegen erforderlich beispielsweise in Alberta, wo eine Vielzahl von Indizien aufgeführt wird, die die Absicht belegen, Verantwortung für das Kind zu übernehmen, vgl. Sec. 20 (2) und (3) Family Law Act.
[41] § 7 dän. Gesetz über die elterliche Verantwortung.
[42] § 8 dän. Gesetz über die elterliche Verantwortung.
[43] §§ 11, 31 dän. Gesetz über die elterliche Verantwortung.
[44] Art. 29 Abs. 1 isländ. Kindergesetz, Nr. 76/2003.
[45] § 35 Abs. 2 norw. Gesetz Nr. 7 v. 8.4.1981 über Kinder und Eltern.
[46] Art. 372 Abs. 2 franz. Code Civil i.d.F. vor dem Änderungsgesetz v. 4.3.2002; Art. 374, 377 belg. Code Civil i.d.F. vor dem Änderungsgesetz v. 13.4.1995; siehe zu Belgien auch *Pintens*, Die Reform des belgischen Kindschaftsrechts aus vergleichender Sicht, FamRZ 1997, S. 457, 461 f. und *Gründler*, Die Obsorge nach Scheidung und Trennung im europäischen Rechtsvergleich, 2002, S. 159 ff.

Zusammenlebens auch auf Kritik gestoßen:[47] Nicht bewährt hat sich etwa die Regelung des französischen Rechts, wonach der Richter aufgrund von Dokumenten oder Zeugenaussagen zu überprüfen hatte, ob das Erfordernis des Zusammenlebens, die *condition de vie commune*, eingehalten war. Konsequenz des aufwändigen Verfahrens war, dass die meisten Eltern es vorzogen, eine gemeinsame Sorgerechtserklärung vor dem Urkundsbeamten des Gerichts abzugeben, ein Weg, der unabhängig vom Zusammenleben zur gemeinsamen Sorge führte.[48] Zudem wurde die Regelung in Frankreich schon Anfang des Jahrtausends nicht mehr als der gesellschaftlichen Realität entsprechend angesehen: Da der Großteil der unverheirateten Mütter, die ein Kind bekamen, mit dem Vater des Kindes in einer Partnerschaft lebte, sollte die gemeinsame Sorge den Regelfall bilden.[49] Seit einer Reform des französischen Code Civil im Jahr 2002 sind in Frankreich nun beide Elternteile auch ohne Zusammenleben gemeinsam sorgeberechtigt.[50] In Belgien gilt eine entsprechende Neuregelung bereits seit 1995.[51]

Eine Anknüpfung an das Zusammenleben hat durchaus auch in anderen Ländern bei Reformüberlegungen eine Rolle gespielt. Zum einen erfordert sie aber eine überzeugendere Regelung als die des französischen Rechts, wenn es um den Nachweis des Zusammenlebens geht. Sind die Anforderungen zu hoch, droht die Regelung leerzulaufen. Hier ist eine Regelung wie die des dänischen Rechts, das lediglich auf die Bescheinigung des Einwohnermeldeamts abstellt, vorzugswürdig. Zum anderen könnte als gewisser Nachteil anzusehen sein, dass dieses Modell umfangreichere Regelungen verlangt: Soll die gemeinsame Sorge auch Eltern offenstehen, zwischen denen keine Lebensgemeinschaft besteht, die aber kooperationsbereit sind, oder die in einer Lebensform des *living apart together* leben, so genügt allein der originäre Sorgerechtserwerb aufgrund Zusammenlebens nicht. Vielmehr muss darüber hinaus auch die Möglichkeit einer konsensualen Erlangung der Sorge bestehen.[52] Zudem müsste auch hier dem Vater unabhängig von dem Zusammenleben und Einverständnis

---

[47] Vgl. zur Diskussion des französischen Gesetzentwurfs in der 1. Lesung Assemblée nationale, 17.5.2001, abrufbar unter http://www.senat.fr/dossier-legislatif/ppl00-387.html; Sénat, 19.6.2001, abrufbar unter http://www.senat.fr/leg/ppl00-172.html.

[48] Siehe hierzu Assemblée nationale, Rapport n° 3117, fait au nom de la commission des lois, 7.6.2001, abrufbar unter http://www.assemblee-nationale.fr/11/pdf/rapports/r3117.pdf.

[49] Assemblée nationale, Rapport n° 3117, fait au nom de la commission des lois, 7.6. 2001, abrufbar unter http://www.assemblee-nationale.fr/11/pdf/rapports/r3117.pdf.

[50] Art. 372 Abs. 1 franz. Code Civil (Art. 5 Abs. 2 des Änderungsgesetzes v. 4.3.2002).

[51] Geändert durch L 1995-04-13/37.

[52] So dann etwa die dän. Regelung in § 7 Abs. 1 Gesetz über die elterliche Verantwortung.

der Mutter ein Antragsrecht eingeräumt werden.[53] Beides sind Regelungen, die auch beim dritten Regelungstypus nötig sind.

3. Alleinsorge der Mutter und gemeinsame Sorge aufgrund Konsenses oder Antrags

Das dritte Modell belässt zwar der Mutter *ex lege* die Alleinsorge, sieht aber ein Sorgerecht des Vaters entweder aufgrund gemeinsamer Erklärungen der Eltern oder auf Antrag durch gerichtliche oder behördliche Entscheidung vor. Es findet sich namentlich in den Niederlanden sowie in Schweden und Finnland. Besteht zwischen den Eltern Einverständnis, so erlangen sie aufgrund entsprechender Erklärungen, einer Vereinbarung oder eines gemeinsamen Antrags das Sorgerecht. Zum Teil genügt hierfür wie in den Niederlanden, dass die Eltern gemeinsam bei der zuständigen Behörde einen Antrag stellen, die dann die gemeinsame Sorge in ein Sorgeregister einträgt, ohne dass darüber hinaus eine Überprüfung des Kindeswohls erfolgt.[54] Auch nach schwedischem Recht reicht die gemeinsame Beantragung der Sorge beider Elternteile bei der Sozial- bzw. Steuerbehörde stets dann aus, wenn diese im Zusammenhang mit der Anerkennung der Kindschaft erfolgt oder damit erstmalig die Personensorge geregelt wird.[55] Nur in anderen Fällen ist eine Prüfung der Vereinbarkeit der Sorgeregelung mit dem Kindeswohl durch das Gericht bzw. im Fall einer Vereinbarung durch die Sozialbehörde erforderlich.[56]

Anders ist dies in Finnland, wo entweder bereits im Zusammenhang mit der Anerkennung der Vaterschaft ein entsprechender Antrag bei der zuständigen Behörde gestellt werden kann, die bestätigen muss, dass die gemeinsame Sorge dem Kindeswohl entspricht.[57] Darüber hinaus kann die gemeinsame Sorge von den Eltern bzw. einem Elternteil auch in einem gerichtlichen Verfahren beantragt werden, was etwa dann relevant sein kann, wenn sie sich nicht darüber einigen können, wer die Personensorge innehaben soll, oder die Behörde die gemeinsame Personensorge abgelehnt hat. Maßstab für die Entscheidung des Gerichts sind das Kindeswohl und die Tragfähigkeit der Lösung.[58] Haben die

[53] Ebenfalls so die dän. Regelung in § 14 Gesetz über die elterliche Verantwortung.
[54] Art. 1:252 Abs. 1 i.V.m. Art. 1:244 niederl. Burgerlijk Wetboek.
[55] Voraussetzung ist jedoch, dass das Kind in Schweden gemeldet ist und bei Anmeldung bei der Steuerbehörde zudem, dass Kind und Eltern schwedische Staatsangehörige sind, näher Kap. 6 § 4 Abs. 2 schwed. Elterngesetz v. 10.6.1949.
[56] Kap. 6 § 4 Abs. 1 und § 6 schwed. Elterngesetz v. 10.6.1949.
[57] § 7 Nr. 1 i.V.m. § 8 Abs. 1 und 3 finn. Gesetz (No. 361/1983) über das Sorge- und Umgangsrecht für Kinder.
[58] § 10 Abs. 1 finn. Gesetz (No. 361/1983) über das Sorge- und Umgangsrecht für Kinder.

Eltern oder hat zumindest einer von ihnen bereits die Personensorge inne und haben sie zudem selbst eine Vereinbarung über die Personensorge geschlossen, so trifft das Gericht eine entsprechende Regelung, soweit kein Anlass für die Vermutung besteht, dass diese dem Kindeswohl nicht entspricht. Sind sich die Eltern einig, so stellt die Kindeswohlprüfung somit auch hier keine echte Hürde dar.

In allen erwähnten Ländern kann der Vater aber nicht nur bei Einvernehmen, sondern auf Antrag auch gegen den Willen der Mutter die Sorge erlangen, und zwar kann ihm mittlerweile überall sowohl die alleinige Sorge übertragen als auch die gemeinsame Sorge eingeräumt werden. So ist zuletzt in den Niederlanden eine Neuregelung in Kraft getreten, die gewährleisten soll, dass der Vater das Recht auf gemeinsame Sorge hat, wenn diese dem Kindeswohl entspricht.[59] Auch in den nordischen Ländern ist auf Antrag eine gemeinsame Sorge gegen den Willen der Mutter möglich. Von einem Zusammenleben der Eltern hängt diese nicht ab.

Die Möglichkeit der gerichtlichen Entscheidung über die elterliche Sorge ist vor allem dann von Bedeutung, wenn sich Eltern trennen, die zuvor zusammen gelebt haben, *ohne* dass eine gemeinsame Sorge vereinbart wurde. Auch hier erfolgt auf Antrag eine am Kindeswohl ausgerichtete Verteilung der elterlichen Sorge.[60] Trennen sich Eltern, die *gemeinsam* sorgeberechtigt waren, so ist die Situation derjenigen nach einer Scheidung vergleichbar. In den Niederlanden besteht daher grundsätzlich auch für unverheiratete Eltern bei Trennung die im Jahr 2009 für den Fall der Scheidung eingeführte Pflicht, gegebenenfalls unter Hinzuziehung eines Mediators, einen Elternplan zu erstellen und eintragen zu lassen.[61] In diesem sind Vereinbarungen bezüglich der Aufgabenteilung bei der Betreuung, des Unterhalts sowie des Austauschs wichtiger Informationen zu treffen. Er ist in regelmäßigen Abständen sowie bei Veränderung wichtiger Umstände zu evaluieren und gegebenenfalls anzupassen.[62]

Diesem dritten Modell sind schließlich die in Österreich und die nun in der Schweiz geplanten Regelungen zuzuordnen. In Österreich wurde im Februar 2011 der Entwurf eines Kindschaftsrechts-Änderungsgesetzes 2012 vorgestellt,

---

[59] Vgl. seit dem 28.2.2009 Art. 1:253c Abs. 2 niederl. Burgerlijk Wetboek.

[60] Siehe etwa für Schweden Kap. 6 § 5 schwed. Elterngesetz v. 10.6.1949 und für Finnland §§ 9 Abs. 1, 14 Abs. 1 finn. Gesetz (No. 361/1983) über das Sorge- und Umgangsrecht für Kinder.

[61] Siehe näher Art. 1:247a niederl. Burgerlijk Wetboek.

[62] Siehe *Vlaardingerbroek*, General Trends in Netherlands Family Law, in: Taekema (Hrsg.), Understanding Dutch Law, 2. Aufl. 2011, S. 277, 303.

der nicht nur die Obsorge für nichteheliche Kinder, sondern auch die Obsorge nach Scheidung sowie das Besuchsrecht neu regelt und die Familiengerichtshilfe ausbaut. Danach steht der Mutter grundsätzlich weiter die alleinige Obsorge mit der Geburt zu. Die schon seit 2001 bestehende Möglichkeit, eine Vereinbarung über die gemeinsame Sorge zu treffen, wird vereinfacht: Die Eltern können nun gegenüber dem Standesbeamten bestimmen, dass sie beide mit der Obsorge betraut sind.[63] Leben sie nicht in häuslicher Gemeinschaft, müssen sie dabei vereinbaren, in wessen Haushalt das Kind hauptsächlich betreut wird. Insoweit gilt dasselbe wie bei einer Scheidung, wo Eltern bei fortbestehender Obsorge beider Eltern vor Gericht eine ebensolche Bestimmung zu treffen haben.[64] Anders als in den Niederlanden ist freilich eine entsprechende Vereinbarung bereits Voraussetzung für die Erlangung der gemeinsamen Sorge durch die nicht miteinander verheirateten Eltern, während sie dort erst bei Trennung gemeinsam sorgeberechtigter Eltern notwendig wird. Ausdrücklich sieht der österreichische Entwurf nun auch die Möglichkeit vor, ein Wechselmodell zu vereinbaren, wobei diese Möglichkeit sowohl unverheirateten als auch geschiedenen Eltern offensteht.[65] Sie können bestimmen, das Kind in den Haushalten beider Elternteile zu betreuen, sofern dies aus besonderen Gründen dem Wohl des Kindes entspricht und sie sich zugleich bereit erklären, in wesentlichem Umfang Betreuungsleistungen zu erbringen. Dazu haben sie dem Gericht einen konkreten und umfassenden Betreuungsplan vorzulegen.

Für den Fall, dass die Mutter der gemeinsamen Obsorge nicht zustimmt, wird dem Vater zum Zwecke einer konventionskonformen Ausgestaltung ein Antragsrecht eingeräumt. Während in der vom österreichischen Justizministerium geleiteten Arbeitsgruppe hinsichtlich der Beibehaltung der originären Alleinsorge der Mutter sowie der gemeinsamen Sorge bei Einvernehmen weitgehend Übereinstimmung bestand, war umstritten, ob dieses Antragsrecht dem Vater immer zustehen oder ob es an bestimmte Kriterien geknüpft sein sollte, etwa an eine Lebensgemeinschaft mit der Mutter oder eine gewisse „Bewährung".[66] Davon hat der Entwurf letztlich abgesehen. Vielmehr hat das Gericht auf Antrag des nicht obsorgeberechtigten Elternteils hin nach Maßgabe des Wohles des Kindes auszusprechen, welcher Elternteil allein mit der Obsorge betraut ist oder ob dies beide Elternteile sind.[67] Leben die Eltern nicht in häuslicher Ge-

[63] § 167 Abs. 1 ABGB-E.
[64] § 177 Abs. 2 ABGB-E.
[65] § 177 Abs. 3 ABGB-E.
[66] Österreichisches Justizministerium, Arbeitsgruppe Obsorge und Besuch, Sitzungsbericht vom 28.2.2011, S. 1.
[67] Vgl. § 167a Abs. 1 ABGB-E.

meinschaft, sind sie aber gemeinsam betraut, so hat das Gericht festzulegen, welcher Elternteil das Kind in seinem Haushalt betreuen soll.[68]

Auch in der Schweiz folgt der kürzlich veröffentlichte Entwurf diesem Ansatz. Der erwähnte Vorentwurf von 2009 war im Vernehmlassungsverfahren auf Kritik gestoßen: Dort bestand zwar grundsätzlich Einigkeit, dass Väter und Mütter gleiche Rechte haben sollten. Kritisiert wurde jedoch der Automatismus. Obwohl die gemeinsame Sorge nun nicht, wie ursprünglich vorgesehen, kraft Gesetzes eintritt, wird sie doch klar als Regelfall betont, wie dies ausdrücklich die Botschaft des Schweizerischen Bundesrates vom November 2011 formuliert.[69] Soweit der Vater das Kind anerkennt, soll wie bisher die gemeinsame elterliche Sorge aufgrund einer Erklärung der Eltern zustande kommen.[70] Hierin müssen die Eltern bestätigen, dass sie sich über die Betreuung, den persönlichen Verkehr und den Unterhalt verständigt haben – wie dies auch bei geschiedenen Ehegatten der Fall ist. Dieses Erfordernis ist jedoch, anders als es bei der im österreichischen Entwurf vorgesehenen Vereinbarung über die Betreuung der Fall ist, nicht an das Fehlen einer häuslichen Gemeinschaft der Eltern geknüpft. Auch wird nicht verlangt, dass die Eltern Angaben zu der von ihnen gefundenen Lösung machen oder überhaupt eine verbindliche Regelung getroffen haben.[71] Die Erklärung zur gemeinsamen Sorge können sie bereits zusammen mit der Anerkennung gegenüber dem Zivilstandsamt abgeben, später gegenüber der Kindesschutzbehörde. Bis die Erklärung vorliegt, hat die Mutter allein die Sorge. Jeder Elternteil kann aber die Kindesschutzbehörde anrufen, wenn sich der andere Teil weigert, die Erklärung abzugeben. Diese verfügt die gemeinsame Sorge, sofern nicht die Wahrung der Interessen des Kindes die Alleinsorge der Mutter oder des Vaters gebietet. Zugleich regelt sie die noch strittigen Fragen der Betreuung und des Umgangs.[72] Auch wenn der Vater das Kind nicht anerkannt hat, sondern seine Vaterschaft durch Klage festgestellt wurde, verfügt das Gericht die gemeinsame Sorge, sofern nicht die Interessen des Kindes die Alleinsorge eines Elternteils erfordern.

Im Ergebnis bleibt es bei dem dritten Modell zwar kraft Gesetzes bei der Alleinsorge der Mutter, die Regelungen werden jedoch zunehmend so ausgestal-

[68] § 167a Abs. 1 ABGB-E.

[69] Botschaft zu einer Änderung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (Elterliche Sorge), Nov. 2011, insbes. S. 2 und 16.

[70] Siehe hierzu Art. 298a und 298b ZGB-E.

[71] Botschaft zu einer Änderung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (Elterliche Sorge), Nov. 2011, insbes. S. 28.

[72] Art. 298b Abs. 3 S. 1 ZGB-E; siehe hierzu auch Botschaft zu einer Änderung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (Elterliche Sorge), Nov. 2011, insbes. S. 29.

tet, dass die gemeinsame Sorge den Regelfall darstellt. Zum einen werden die Hürden für eine gemeinsame Sorgerechtserlangung gesenkt, so dass möglichst viele Zusammenlebende entsprechende Erklärungen abgeben und gemeinsam sorgeberechtigt sind. Ein wesentlicher Unterschied besteht hier freilich insoweit, als eine gemeinsame Sorge zum Teil entsprechend den bei Scheidung vorgesehenen Regelungen von einer Vereinbarung über Betreuung, Umgang und Unterhalt abhängig gemacht wird. Soweit aber wie etwa nach schweizerischem Recht keine näheren Darlegungen hinsichtlich des Inhalts einer solchen Einigung erforderlich sind, sondern es genügt, sich darauf zu verständigen, die betreffenden Fragen nicht verbindlich zu regeln, stellt dies keine echte Hürde dar. Zum anderen wird auch bei fehlendem Einverständnis der Mutter die Schwelle für ein gemeinsames Sorgerecht niedrig angesetzt. Zu einer Alleinsorge kommt es nur, wenn das Kindeswohl dies erfordert.

III. Sorgerechtliche Befugnisse, vor allem bei Getrenntleben

Wie bedeutend die Unterschiede zwischen den Modellen sind, hängt davon ab, welche Rechte und Pflichten in den einzelnen Rechtsordnungen mit der Inhaberschaft der elterlichen Sorge verbunden sind. Entscheidend ist, was es bedeutet, wenn die elterliche Sorge beiden Eltern oder aber einem Elternteil allein zusteht. Was inhaltlich von elterlicher Sorge umfasst ist, stimmt zunächst einmal im Wesentlichen überein. Nur die Terminologie unterscheidet sich, wenn zum Teil noch von elterlicher Gewalt die Rede ist, oder in England und auf der Ebene der Europäischen Union mit der elterlichen Verantwortung statt der Sorge stärker die Pflichtgebundenheit zum Ausdruck gebracht wird.[73] Erfasst sind allerorts Fragen der Personensorge und, mit Ausnahme der nordischen Staaten, auch der Vermögenssorge sowie die entsprechende gesetzliche Vertretung. Zu den elterlichen Pflichten im persönlichen Bereich gehören Pflege, Schutz und Erziehung des Kindes, hier insbesondere Entscheidungen über die Schulausbildung, medizinische Eingriffe, die Religion und *last but not least* den Aufenthalt des Kindes.[74] Konsens besteht auch, dass die Pflichten unter Be-

[73] *Lowe*, The Allocation of Parental Rights and Responsibilities – The position in England and Wales, 39 Family Law Quarterly 2005-2006, S. 267, 268 f. m.w.N. Für das Unionsrecht siehe maßgeblich Verordnung (EG) Nr. 2201/2003 des Rates vom 27. November 2003 über die Zuständigkeit und die Anerkennung und Vollstreckung von Entscheidungen in Ehesachen und in Verfahren betreffend die elterliche Verantwortung und zur Aufhebung der Verordnung (EG) Nr. 1347/2000 (ABl. Nr. L 338 S. 1).

[74] Zu Inhalt und Umfang der elterlichen Sorge in Europa: Boele-Woelki u.a. (Hrsg.), Principles of European Family Law Regarding Parental Responsibilties, 2007, Nr. 3:19, 3:20 sowie 3:21 und im Einzelnen die Länderberichte der Commission on European Family

rücksichtigung der Kindesinteressen und -bedürfnisse erfüllt werden müssen, wobei auf die Entwicklung des Kindes zu einer eigenständigen Persönlichkeit Rücksicht zu nehmen ist.

Signifikante Unterschiede zeigen sich aber meist hinsichtlich der sorgerechtlichen Befugnisse, wenn die Eltern getrennt leben – und dies in der Regel unabhängig davon, ob sie verheiratet sind oder nicht: Nur in wenigen Rechten, wie dem niederländischen[75] oder belgischen[76], müssen Eltern selbst dann grundsätzlich alle das Kind betreffenden Angelegenheiten gemeinsam entscheiden. Überwiegend sind dagegen die gemeinsamen Entscheidungsbefugnisse auf bestimmte Angelegenheiten beschränkt, während im Übrigen der Elternteil allein handeln kann, bei dem das Kind lebt oder sich bei abwechselnder tatsächlicher Sorge aufhält. Oft wird dabei ähnlich wie im deutschen Recht nach § 1687 BGB danach differenziert, ob es sich um Angelegenheiten des täglichen Lebens oder aber um Fragen von erheblicher Bedeutung handelt.[77] Zu letzteren zählen regelmäßig Entscheidungen über Schulwahl, wesentliche medizinische Eingriffe und Behandlungen sowie den Aufenthalt des Kindes. Besondere Regelungen finden sich zunehmend hinsichtlich der Verlegung des Wohnsitzes des Kindes, zumal eine solche den Kontakt zum anderen Elternteil erheblich erschweren oder sogar verhindern kann: In England und Wales erlaubt eine *residence order,* die bestimmt, bei welcher Person das Kind lebt, zwar einen Umzug innerhalb des Landes und einen Auslandsaufenthalt bis zu vier Wochen, nicht hingegen die Auswanderung ohne Zustimmung aller Personen mit elterlicher Verantwortung.[78] Auch in Norwegen kann trotz gemeinsamer Sorge der Elternteil, bei dem das Kind lebt, auch grundlegende Entscheidungen treffen, wie etwa die Verlegung des Wohnsitzes innerhalb Norwegens.[79] Nur einem Umzug in ein anderes Land müssen beide Elternteile zustimmen. Der neue Schweizer Entwurf differenziert ebenfalls insoweit: Will ein Elternteil seinen Aufenthaltsort oder jenen des Kindes wechseln, so bedarf dies bei gemeinsamer Sorge zwingend der Zustimmung des anderen Elternteils oder der Entscheidung des Gerichts bzw. der Kindesschutzbehörde, wenn der neue Aufenthaltsort im Ausland liegt. Bei einem Wechsel im Inland soll dies nur dann

Law, in: Boele-Woelki/Braat/Curry-Sumner (Hrsg.), European Family Law in Action, Volume III: Parental Responsibilities, 2005, zu den Fragen Nr. 7 und 8.

[75] Art. 1:253i Abs. 1 niederl. Burgerlijk Wetboek.

[76] Art. 374 Abs. 1 und Art. 376 Abs. 1 Code Civil.

[77] So zum Beispiel das englische Recht: Sec. 2 (7) Children Act 1989; vgl. näher hierzu *Lowe*, in: Boele-Woelki/Braat/Curry-Sumner (Hrsg.), European Family Law in Action, Volume III: Parental Responsibilities, 2005, Report England & Wales, Frage 37, S. 503 ff.

[78] Vgl. Sec. 1 Child Abduction Act 1984.

[79] § 37 norw. Gesetz Nr. 7 v. 8.4.1981 über Kinder und Eltern.

gelten, wenn er erhebliche Auswirkungen auf die Ausübung der elterlichen Sorge durch den andern Elternteil hat.

Im Ergebnis müssen Eltern somit bei Getrenntleben meist nur in wenigen, grundlegenden Fragen gemeinsam entscheiden. Stets festzulegen ist freilich die Frage, *bei welchem Elternteil* das Kind ganz oder überwiegend lebt. Zum Teil stellt die Vereinbarung hierüber, wie im österreichischen Entwurf, bereits Voraussetzung für die Erlangung der gemeinsamen Obsorge dar. Auch im Übrigen wird zunehmend auf Vereinbarungen, wie die erwähnten Elternpläne, gesetzt, um zentrale Fragen der gemeinsamen Sorge verbindlich zu regeln. Verstärkt werden in diesem Bereich Vermittlung und Mediation, auch unter Heranziehung entsprechender Fachleute, genutzt, um nach Möglichkeit eine einvernehmliche Lösung zu erzielen. Gelingt dies nicht, bleibt stets eine gerichtliche Entscheidung in der betreffenden Frage. Zunehmend werden Einzelbefugnisse geregelt, so dass zwischen dem Innehaben der elterlichen Sorge und der Ausübung bestimmter Befugnisse differenziert wird.[80] Dieser Gedanke liegt auch der englischen Konzeption zugrunde, die die elterliche Verantwortung grundsätzlich den Eltern belässt, es aber durch spezielle Anordnungen ermöglicht, punktuelle Entscheidungen in den Bereichen zu treffen, die konkret umstritten sind.[81]

Schon diese Beispiele zeigen, dass elterliche Sorge oder Verantwortung keineswegs in allen Ländern mit denselben Befugnissen verbunden ist. Gemeinsame Sorge bedeutet vor allem bei Getrenntleben oft ein weitreichendes Alleinentscheidungsrecht des betreuenden oder aktuell betreuenden Elternteils. Umgekehrt können trotz Alleinsorge eines Elternteils auch dem anderen als Ausfluss der Elternstellung gewisse Befugnisse zustehen. Verbreitet sind dies Informations- und Überwachungsrechte, die wichtige Angelegenheiten betreffen. Aber der nicht sorgeberechtigte Elternteil wird meist auch hinsichtlich so grundlegender Fragen wie einer Adoption oder teilweise der Namensführung, der Zustimmung zur Eheschließung und zum Beispiel zu einer Transplantation das Recht haben mit zu entscheiden. In anderen Ländern sind derartige Befugnisse hingegen schlicht Teil der grundsätzlich gemeinsam zustehenden Elternverantwortung.

---

[80] Vgl. auch schon *Coester*, Nichteheliche Elternschaft und Sorgerecht, FamRZ 2007, S. 1137, 1139.

[81] Neben der bereits erwähnten *residence order* kommen eine *contact order, prohibited steps order* oder eine *specific issue order* in Betracht, vgl. die jeweiligen Definitionen in Sec. 8 (1) Children Act 1989.

IV. Fazit

Als rechtsvergleichendes Resümee lässt sich festhalten, dass die Entwicklung klar hin zu einer statusunabhängigen Regelung der Inhaberschaft bzw. Ausübung der elterlichen Sorge geht. Zumindest bei Anerkennung der Abstammung steht dem unverheirateten wie dem mit der Mutter verheirateten Vater verbreitet die elterliche Verantwortung mit dieser zusammen zu. Im Vordergrund steht hierbei weniger, einer Diskriminierung der Väter zu begegnen, als vielmehr Sorgepflicht und Elternverantwortung des Vaters zu betonen. Aus der Perspektive des Kindes betrachtet geht es um das Recht auch des nichtehelich Geborenen auf Sorge durch seinen Vater.

Die gemeinsame Sorge ist zwar vor allem für die wachsende Zahl zusammenlebender Eltern von Bedeutung, von einem Zusammenleben der Eltern wird die Sorge gerade nicht miteinander verheirateter Eltern aber nur vereinzelt abhängig gemacht. Sofern man sich nicht zu einer vollständigen Gleichstellung entschließen kann, bleibt es vielmehr eher dem dritten Regelungstypus entsprechend kraft Gesetzes bei der Alleinsorge der Mutter. Allerdings zielen die Regelungen auch hier zunehmend darauf, die gemeinsame Sorge als Regelfall zu etablieren – und zwar weitgehend unabhängig davon, wie verbreitet in der betreffenden Gesellschaft nichteheliche Lebensgemeinschaften mit Kindern sind. Gemeinsame Sorge als Regel ist vor allem für den Fall der Trennung der Eltern von Bedeutung, bei der damit grundsätzlich wie bei Scheidung die Sorge beider Elternteile fortbesteht. Aber auch wenn nie eine Lebensgemeinschaft der Eltern bestanden hat, wird hierdurch die Elternverantwortung des Vaters gestärkt.

Wesentlicher Unterschied zur originären gemeinsamen Sorge bleibt damit, dass der Vater die Antragslast trägt, sei es bei Geburt oder bei Trennung, soweit es zuvor nicht zu einer rechtlichen gemeinsamen Sorgetragung gekommen ist. Die Hürde der Antragsstellung wird freilich zunehmend durch eine niedrigschwellige Ausgestaltung reduziert. Im Vordergrund steht die Förderung einvernehmlicher Regelungen in grundlegenden Fragen, auf die sich bei Getrenntleben die gemeinsame Sorge regelmäßig beschränkt. Dies gilt sowohl dann, wenn nie eine Lebensgemeinschaft der Eltern bestanden hat, als auch bei Trennung der Eltern. Vermehrt werden generelle Regelungen in Form von Elternplänen favorisiert, aber auch bei Streitigkeiten in einzelnen Punkten werden oft Mittel der konsensualen Konfliktlösung eingesetzt. Soweit eine solche – auch unter Zuhilfenahme von Fachleuten – nicht zum Erfolg führt, wird schließlich im-

mer mehr auf die Regelung einzelner sorgerechtlicher Befugnisse bei Aufrechterhaltung der gemeinsamen Sorge insgesamt gesetzt.

Damit hat sich gezeigt, dass der ehemals bestehende fundamentale Gegensatz zwischen den Modellen einer Sorge beider Eltern und der Alleinsorge der Mutter inzwischen der Vergangenheit angehört. Vielmehr existieren vielfältige Regelungsmöglichkeiten, die im Ergebnis zu einer erheblichen Annäherung führen. Dieser Befund dürfte für die anstehende Reform des deutschen Rechts eine Einigung erleichtern und zudem Anregungen zur Ausgestaltung im Einzelnen bieten.[82] Die notwendige Neuregelung des Rechts der Sorge nicht miteinander verheirateter Eltern sollte darüber hinaus Anlass geben, über Reformbedarf in anderen Bereichen des Kindschaftsrechts nachzudenken, wie dies etwa jüngst in Österreich und der Schweiz geschehen ist. Auch ohne grundlegende Neukonzeption, bei der wie im englischen Recht Elternverantwortung weitgehend von deren Ausübungsbefugnis entkoppelt würde, ist eine Betonung der elterlichen Verantwortung durch Verwendung dieses auch im Unionsrecht gebräuchlichen Begriffs zu erwägen. Gerade bei dieser Reform muss deutlich werden, dass nicht die Stärkung der *Rechte* der Väter im Mittelpunkt steht, sondern die ihrer *Verantwortung* – im Interesse der *Kinder*. Regelungsbedarf besteht zudem nicht nur bei nichtehelicher Elternschaft, sondern auch den vielfältigen anderen Lebensformen, wie der großen Zahl von Stieffamilien oder auch gleichgeschlechtlichen Partnerschaften, in denen Kinder heute aufwachsen. Gerade der Blick ins Ausland zeigt hier verschiedene Möglichkeiten, auf welche Weise Elternverantwortung, die Dritte in solchen Familien wahrnehmen, besser als gegenwärtig Rechnung getragen werden kann. Und schließlich sollten die Erfahrungen anderer Länder genutzt werden, die schon seit längerem, etwa mit *parenting plans*, neue Wege zur Stärkung der Elternautonomie und Deeskalation von Konflikten gegangen sind – auch dies im Interesse der Kinder.

[82] Siehe nun den Anfang Juli 2012 veröffentlichten Gesetzentwurf der Bundesregierung, abzurufen unter http://www.bmj.de/SharedDocs/Downloads/DE/pdfs/GE_Elterliche_Sorge.pdf?_blob=publicatonFile.

Lösungsmodelle für das Sorgerecht nicht miteinander verheirateter Eltern – Plädoyer für einen Perspektivenwechsel

Martin Löhnig

I. Der Rahmen

Vor der Erörterung der Lösungsmodelle[1] für das Sorgerecht nicht miteinander verheirateter Eltern ist zunächst der Rahmen abzustecken, innerhalb dessen sich das gewählte Modell bewegen muss. Diesen Rahmen bestimmt einmal die Europäische Menschenrechtskonvention,[2] auf deren Verletzung der deutsche Gesetzgeber nun zu reagieren hat; außerdem ist zu ermitteln, ob das Grundgesetz möglicherweise weitere Vorgaben macht.

Aus der Perspektive der Europäischen Menschenrechtskonvention sind die Gestaltungsmöglichkeiten für den deutschen Gesetzgeber sehr vielfältig, weil der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte in seiner Entscheidung vom Dezember 2009[3] lediglich als Mindeststandard vorschreibt, dass auf Antrag des Vaters nach einer gerichtlichen Kindeswohlprüfung gegebenenfalls die gemeinsame elterliche Sorge etabliert werden muss. Allerdings, darauf wird noch zu-

[1] Allgemein dazu *Löhnig*, Konsequenzen aus der Entscheidung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte zum Sorgerecht des nicht mit der Kindesmutter verheirateten Vaters, FamRZ 2010, S. 338.
[2] Hierzu eingehend *Löhnig/Preisner*, Zur Reichweite des Einflusses der Rechtsprechung des EuGHMR auf das deutsche Kindschaftsrecht, FamRZ 2012, S. 489 ff.
[3] EGMR Urt. v. 3. 12. 2009 - 22028/04 (Zaunegger/Deutschland), FamRZ 2010, S. 103.

rückzukommen sein, ist nicht jede Form der Kindeswohlprüfung konventionskonform.

Einen ähnlich weiten Rahmen steckt das Bundesverfassungsgericht in seiner Leitentscheidung vom Juli 2010: Das Elternrecht des Vaters eines nichtehelichen Kindes aus Art. 6 Abs. 2 GG werde nicht dadurch verletzt, dass die Mutter zunächst allein die Sorge für das Kind erhält;[4] das Elternrecht gebiete es also insbesondere nicht, Vätern nichtehelicher Kinder generell mit wirksamer Anerkennung ihrer Vaterschaft kraft Gesetzes das Sorgerecht für ihr Kind gemeinsam mit der Mutter zuzuerkennen.[5] Das Elternrecht des Vaters werde jedoch dadurch verletzt, dass ihm der Zugang zur Sorgetragung für sein Kind bei einem Veto der Mutter generell verwehrt ist.[6]

Einen weiteren Bestandteil des Rahmens erörtern beide Gerichte jedoch nicht: Das aus Art. 8 EMRK bzw. Art. 6 GG folgende Recht eines Kindes auf zwei Eltern, die wirtschaftlich wie tatsächlich Verantwortung für ihr Kind übernehmen. Das verwundert nicht, weil beide Entscheidungen auf Individualbeschwerden von nicht mit der Kindesmutter verheirateten Vätern beruhen. Über die Frage nach dem Elternrecht des Vaters und nach der zutreffenden Austarierung der Positionen von Mutter und Vater bei der Sorgerechtszuweisung darf jedoch die Rechtsposition des Kindes nicht aus dem Blick geraten.

II. Technische Fragen

Zunächst zu einigen technischen Fragen: Die Übergangslösung, die das Bundesverfassungsgericht bis zum Inkrafttreten einer gesetzlichen Neuregelung in Kraft gesetzt hat, möchte die von den beiden Gerichten ausgestellten Mindeststandards wahren: § 1626a BGB ist zur Zeit mit der Maßgabe anzuwenden, dass das Familiengericht den Eltern auf Antrag eines Elternteils die elterliche Sorge gemeinsam überträgt, wenn zu erwarten ist, dass dies dem Kindeswohl entspricht. § 1672 BGB ist mit der Maßgabe anzuwenden, dass das Familiengericht dem Vater auf Antrag eines Elternteils die elterliche Sorge überträgt, wenn eine gemeinsame elterliche Sorge nicht in Betracht kommt und zu erwarten ist, dass dies dem Kindeswohl am besten entspricht.

[4] BVerfG FamRZ 2010, S. 1403, 1405, Rn. 38.
[5] BVerfG FamRZ 2010, S. 1403, 1405, Rn. 41.
[6] BVerfG FamRZ 2010, S. 1403, 1406, Rn. 46.

Favorisiert man eine derartige Lösung, so ist auf technischer Ebene sowohl eine Übertragung der elterlichen Sorge durch das Gericht als auch eine Ersetzung der mütterlichen Sorgeerklärung durch Gerichtsbeschluss denkbar, wie dies auch in der Übergangsregelung des Art. 224 § 2 Abs. 3 EGBGB geschieht. Letzteres erscheint mir vorzugswürdig, weil systemkonform. Diese Lösung wird häufig als Antragsmodell bezeichnet, weil der Vater durch das Stellen eines Antrags beim Familiengericht aktiv werden muss. Demgegenüber würde bei dem in der rechtspolitischen Diskussion vertretenen Widerspruchsmodell die gemeinsame elterliche Sorge bereits mit Abgabe einer väterlichen Sorgeerklärung eintreten und die Mutter müsste dem widersprechen, woraufhin die gerichtliche Kindeswohlprüfung stattfände. Hier hätte also die Mutter aktiv zu werden und zu widersprechen. Dagegen wird oft eingewendet, die Mutter müsse in einer für sie ohnehin schwierigen Situation dann auch noch in dieser Frage entscheiden – eine Belastung, vor der sie bewahrt werden solle.

Ein Kompromissmodell, das sich im Referentenentwurf des BMJ zur Neufassung des § 1626a BGB findet, sieht im Streitfall eine Übertragung der elterlichen Sorge auf beide Eltern durch Beschluss des Familiengerichts vor, §§ 1626a Abs. 1 Ziff. 3 BGB-Ref-E, 155a FamFG-RefE, soweit die Übertragung nicht dem Kindeswohl widerspricht, § 1626a Abs. 2 BGB-RefE: Dieses Verfahren wird auf Antrag des Vaters, § 1626a Abs. 2 BGB-RefE, eingeleitet. Die Mutter erhält im Verfahren Gelegenheit zur schriftlichen Stellungnahme innerhalb einer Frist, die frühestens sechs Wochen nach Geburt des Kindes enden darf, § 155a Abs. 2 FamFG-RefE. Nach Verstreichen dieser Frist wird die gemeinsame elterliche Sorge begründet, wenn weder aus der Stellungnahme der Mutter noch ansonsten Gründe ersichtlich sind, die der Übertragung der elterlichen Sorge auf beide Eltern entgegenstehen.

Dieses Modell kumuliert – wie wir das gerne tun – die potentiellen Probleme aus allen verfügbaren Modellen auf einzigartige Weise in einem Kompromissmodell, dessen verfahrensrechtliche Seite – Entscheidung im schriftlichen Verfahren ohne Anhörung der Beteiligten – zudem befremdlich erscheint, vgl. § 155a Abs. 3 FamFG-RefE.

III. Der zentrale Punkt: Die Kindeswohlprüfung

Dies alles sind Nuancierungen, die nur im Rahmen der diffizilen Suche nach einem politischen Kompromiss entstehen können und die – auch wenn ich mich mit dieser Einschätzung vielleicht nicht beliebt mache – in ihrer Elternzentriertheit an den entscheidenden Fragen vorbeigehen. Neben der techni-

schen Frage, wer wann aktiv werden muss und in welchen Fällen das Familiengericht anzurufen ist, ist es nämlich viel bedeutsamer sich vor Augen zu führen, dass vor allem zu entscheiden ist, unter welchen materiellen Voraussetzungen die gemeinsame elterliche Sorge gegebenenfalls gegen den Willen der Mutter zu begründen ist. Als Maßstab ist die Kindeswohldienlichkeit der gemeinsamen Sorge denkbar, wie dies der erwähnte Art. 224 § 2 Abs. 3 EGBGB regelt und wie es auch das BVerfG in seiner soeben erwähnten Entscheidung als Übergangsrecht angeordnet hat.

Bedenken ergeben sich bei dem vom Bundesverfassungsgericht angelegten Maßstab der Kindeswohldienlichkeit/Kindeswohlentsprechung jedoch im Hinblick auf das in Art. 6 Abs. 2 GG geschützte Elternrecht des Vaters, der weiterhin eine Ungleichbehandlung im Vergleich zu einem mit der Mutter verheirateten Vater hinnehmen müsste; eben diese Ungleichbehandlung hat jedoch den Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte unter anderem zu seiner Entscheidung veranlasst: Ein mit der Mutter verheirateter Vater erhält nämlich nicht nur kraft Gesetzes das Sorgerecht für sein Kind, sondern behält es grundsätzlich auch nach Trennung oder Scheidung der Eltern. Die Mutter erhält nach Trennung oder Scheidung der Eltern die Alleinsorge nur auf ihren Antrag hin unter der Voraussetzung, dass die Alleinsorge am besten dem Kindeswohl entspricht, § 1671 BGB. Und eben dieser Maßstab muss aus Gleichheitsgründen auch bei nicht miteinander verheirateten Eltern gelten: Das Gericht muss deshalb nach zutreffender Auffassung auf Antrag sei es des Vaters oder der Mutter prüfen, ob eine Alleinsorge am besten dem Kindeswohl entspricht; der Maßstab hierfür ist in der Rechtsprechung zu § 1671 BGB zu finden. Entspricht die Alleinsorge nicht am besten dem Kindeswohl, so ist die gemeinsame Sorge der Eltern zu begründen respektive zu belassen.

Bedenken ergeben sich jedoch nicht nur aus dem väterlichen Elternrecht, sondern das Erfordernis der positiven Feststellung der Kindeswohldienlichkeit der gemeinsamen Sorge würde vor allem auch zu einer Ungleichbehandlung des Kindes nicht miteinander verheirateter Eltern im Vergleich zu einem Kind miteinander verheirateter Eltern führen. Dies erscheint vor dem Hintergrund des Art. 6 Abs. 5 GG aus Sicht des Kindes bedenklich, das grundsätzlich nach Möglichkeit zwei Elternteile haben soll, die Verantwortung übernehmen: Das Kind miteinander verheirateter Eltern erhält diese zwei Elternteile ohne die Hürde der Kindeswohldienlichkeit und verliert einen dieser Elternteile nur unter den Voraussetzungen des § 1671 BGB oder des § 1666 BGB; eben dieser Maßstab muss auch in Fällen von Kindern nicht miteinander verheirateter Eltern gelten. In Betracht kommt also insbesondere auch vor dem Hintergrund des Art. 8 EMRK nur eine Kindeswohlprüfung, die – auf welchem Weg auch

immer – die gemeinsame Sorge immer dann eintreten lässt, wenn die Alleinsorge eines Elternteils nicht dem Kindeswohl am besten entspricht. Das vom Bundesverfassungsgericht angeordnete Übergangsrecht verfehlt diesen Maßstab vollends.

Der nunmehr publizierte Referentenentwurf des BMJ hingegen, der in § 1626a BGB-RefE eine negative Kindeswohlprüfung vornimmt, dürfte diesen Anforderungen genügen, denn es sind kaum Fälle denkbar, in denen die negative Kindeswohlprüfung gegen eine Übertragung der elterlichen Sorge auf beide Eltern gemeinsam spricht, gleichzeitig aber die Alternative – Fortbestehen der Alleinsorge der Mutter – dem Kindeswohl nicht am dienlichsten ist. Der Gesetzgeber würde also jedenfalls zutreffend handeln, wenn er – auf Grundlage welches technischen Modells auch immer – den § 1626a BGB in der vorgesehenen Weise ergänzte, dass die gemeinsame Sorge der Eltern letztlich immer dann zustande kommt, wenn dies nicht dem Kindeswohl widerspricht; Art. 224 § 2 Abs. 3 EGBGB wäre ebenfalls anzupassen.

IV. Faktische Partnerschaften

Eine weitere Schwierigkeit besteht darin, dass die anstehende Reform nicht ein zentrales Anliegen der Kindschaftsrechtsreform von 1998 konterkarieren darf. Alle zur Zeit diskutierten technischen Konzepte haben nämlich den Nachteil, dass ein Beteiligter – Vater oder Mutter – aktiv werden muss: Arbeitet man mit dem Antragsmodell, so wird im Rahmen einer existierenden faktischen Partnerschaft der Kindeseltern der Vater aber häufig keinen entsprechenden Antrag auf Ersetzung der Sorgeerklärung der Mutter stellen. Sei es, weil er nicht daran denkt, sei es, weil ihm seine Partnerin verdeutlicht hat, dass sie die gemeinsame Sorge nicht will. Dann beginnt der Streit um die Sorge für das Kind mit der Trennung – ein Ergebnis, das die Kindschaftsrechtsreform 1998 mit Einführung des § 1671 BGB gerade vermeiden wollte. Arbeitet man mit dem Widerspruchsmodell, so wird die Mutter vermutlich einer väterlichen Sorgeerklärung häufig nicht widersprechen, denn ein derartiger Misstrauensbeweis oder eine derartige Probe mütterlichen Egoismus wird die faktische Partnerschaft an den Rand ihrer Existenz bringen. Auch in diesem Fall findet der Streit ums Kind also in der Regel erst nach einer etwaigen Trennung der Eltern statt. Gleiches gilt für das im Referentenentwurf vorgesehene Kompromissmodell: Der Kindesvater wird einen Antrag beim Familiengericht in aller Regel erst nach Trennung der Eltern stellen.

Dem ließe sich dadurch begegnen, dass man die gemeinsame elterliche Sorge kraft Gesetzes eintreten lässt, wenn eine faktische Partnerschaft der Kindeseltern besteht. Dagegen sprechen jedoch schlicht praktische Probleme, weil ein fester Kern eindeutig bestehender faktischer Lebensgemeinschaften in einen Bereich atypischer, in ihrer Einordnung zweifelhafter Gestaltungen ausläuft und die Grenze schwierig zu bestimmen ist. Denkbar wäre es aber, das objektivierbare Kriterium des Bestehens eines auf Dauer angelegten gemeinsamen Haushalts von Mutter und Vater zum Zeitpunkt der Geburt des Kindes als Anknüpfungskriterium zu wählen. Eine derartige Regelung – gemeinsamer Haushalt zu einem bestimmten Zeitpunkt – findet sich in § 536 BGB für die Sonderrechtsnachfolge in Mietverträge nach dem Tod des Mieters. Unsicherheiten bleiben jedoch bei einer an rein tatsächliche Gesichtspunkte anknüpfenden Zuweisung der elterlichen Sorge trotzdem. Zum einen kann der Kindesvater während bestehender faktischer Partnerschaft der Kindeseltern den Nachweis seiner Sorgeberechtigung nur schwierig erbringen, zum anderen werden nach Scheitern der faktischen Partnerschaft Streitigkeiten zwischen den Eltern darüber auftreten, ob im Zeitpunkt der Geburt ein solcher Haushalt bestanden hat; die Erfüllung der Meldepflichten hat dabei keine konstitutive Bedeutung.

Mit einer solchen Regelung würde allerdings jedenfalls im klaren Fall des in eine bestehende faktische eheähnliche Lebensgemeinschaft hineingeborenen Kindes kraft Gesetzes die gemeinsame Sorge begründet. Eine spezielle Widerspruchsbefugnis der Mutter wäre für diesen Fall nicht vorzusehen. Denn eine mit dem Kindesvater verheiratet zusammenlebende Mutter hat eine solche auch nicht und gemeinsame Elternschaft und eine zwischen den Eltern bestehende Ehe haben von Rechts wegen grundsätzlich nichts miteinander zu tun; § 1666 BGB und § 1671 BGB blieben freilich unberührt. Derartiges ließe sich unproblematisch in § 1626a BGB einfügen, der dann vorsehen würde, dass die Mutter alleinsorgeberechtigt ist, es sei denn 1.) die Eltern schließen später die Ehe miteinander, 2.) die Eltern führen zum Zeitpunkt der Geburt des Kindes einen auf Dauer angelegten gemeinsamen Haushalt miteinander, 3.) beide Eltern geben Sorgeerklärungen ab oder 4.) das zur Entscheidung angerufene Familiengericht hält die gemeinsame Sorge nicht für kindeswohlwidrig.

V. Technische Fragen revisited

Lassen Sie mich am Ende noch einmal zu den schon oben behandelten technischen Fragen zurückkommen und an dieser Stelle zunächst einmal zugeben, dass es in der Tat natürlich nicht nur eine technische Frage ist, ob man dem Antrags- oder Widerspruchsmodell folgt – aber aus ganz anderen Gründen als

in der politischen und rechtspolitischen Diskussion gegenwärtig angenommen wird.

Die zentrale Frage ist nämlich, welches Bild von elterlicher Sorge der Gesetzgeber als normprägende Regel annehmen möchte und muss: Den desinteressierten nichtehelichen Vater und die nicht kooperationsfähigen nichtehelichen Eltern oder den an seinem Kind interessierten nichtehelichen Vater und die zumindest eingeschränkt kooperationswilligen nicht miteinander verheirateten Kindeseltern? Sie ahnen meine Antwort: Das Leitbild, von dem der Gesetzgeber – und zwar schon von Verfassungs wegen – auszugehen hat und das auch schon lange nicht mehr von der sozialen Realität konterkariert wird, ist klar: Der Gesetzgeber muss beide Eltern in die Pflicht nehmen und deutlich machen, dass man sich als Vater nicht einfach davonstehlen kann, sondern dass insbesondere Väter auch die Sorgepflicht haben. Umgekehrt sollen nicht mit der Mutter verheiratete Väter auch nicht degradiert werden können, indem sie dem Kind zwar als Vater von Rechts wegen zugeordnet werden, dadurch aber allein Zahlungspflichten erhalten. Müttern könnte durch eine solche Regelung verdeutlicht werden, dass man sich nicht einfach ein Kind „einkaufen“ und den biologisch leider notwendigen Vater danach beiseiteschieben kann.

Denn der entscheidende Gesichtspunkt, an dem der Gesetzgeber nicht vorbeikommt, ist schlicht: Jedes Kind, auch das nichteheliche Kind, Art 6 Abs. 5 GG, hat ein Recht auf zwei sorgende, also Verantwortung tragende und jedenfalls bedingt kooperationsbereite Eltern, das sich aus Art. 6 GG ergibt. Allein dies kann und muss das gesetzliche Leitbild des im BGB geregelten Sorgerechts sein, das übrigens auch Verhalten prägen kann. Unabhängig davon, ob die Eltern miteinander verheiratet sind oder nicht, hat also zu gelten: Bis zu den Grenzen der §§ 1666 ff. BGB und § 1671 BGB dürfen und müssen Mutter und Vater gemeinsam die elterliche Sorge innehaben.

Eine originäre Zuweisung der elterlichen Sorge an beide Elternteile würde die Sonderregelungen der §§ 1626a ff. BGB überflüssig machen. Nicht übersehen werden darf freilich der Umstand, dass der mögliche Streit zwischen Vater und Mutter sich dann auf die Abstammungsfrage verlagern wird, muss die Mutter des Kindes einer Vaterschaftsanerkennung doch zustimmen, § 1595 Abs. 1 BGB. Die Verweigerung der Zustimmung wäre freilich nur um den Preis eines Verzichts auf Kindesunterhalt, § 1601 BGB, und Bertreuungsunterhalt, § 1615l BGB, möglich.

VI. Fazit

Kommen wir zu einem Ende: Es wird Sie nicht überraschen, dass ich als Fazit meiner Ausführungen eine Lanze breche für diese kindesrechtzentrierte Lösung einer originären gemeinsamen Sorge für nicht miteinander verheiratete Eltern ohne gesonderte Antragsobliegenheiten oder Widerspruchsrechte: Sie vermeidet Streit zusammenlebender Eltern, sie vermeidet den Streit um die Sorge anlässlich der Trennung faktischer Partner, sie vermeidet vor allem konsequent eine gegen Art. 6 Abs. 5 GG verstoßende Ungleichbehandlung des Kindes nicht miteinander verheirateter Eltern, sie vermeidet ebenso konsequent gleichheitswidrige Eingriffe in das Elternrecht des Vaters, sie liegt im europäischen Regelungseinklang und sie verwirklicht vor allem einfachgesetzlich das grundgesetzliche Leitbild: Eltern sind unabhängig vom Bestehen einer Ehe verpflichtet, gemeinsam für ihr Kind treuhänderisch Verantwortung zu tragen. Treuhänderisch[7] bedeutet in diesem Zusammenhang, dass die sorgeberechtigten Eltern Adressaten einer Sorgepflicht sind, die sie allein zum Wohl des Kindes ausüben dürfen und dabei kooperieren müssen, was man ihnen – die Regelungen der §§ 1627, 1628 BGB wären insoweit zu überdenken – durch Hilfsangebote erleichtern könnte. Entscheidet sich der Gesetzgeber für ein anderes Regelungsmodell, so schafft er Recht mit kurzem Verfallsdatum.

---

[7] Zu Eltern als Treuhändern vgl. allgemein *Löhnig*, Treuhand: Interessenwahrnehmung und Interessenkonflikte, 2006.

Sorge nicht miteinander verheirateter Eltern aus interdisziplinärer Perspektive

Sabine Walper und Alexandra Langmeyer

I. Entwicklung nichtehelicher Lebensgemeinschaften und nichtehelicher Geburten in Deutschland

Familie ist seit den 1960er Jahren in Deutschland und in anderen hoch entwickelten Industriegesellschaften andauernden Wandlungsprozessen unterworfen (Peuckert, 2008). Das traditionell-bürgerliche Familienbild von zwei heterosexuellen Partnern, die legal verheiratet in permanenter Ehe und in sexueller Exklusivität mit ihren gemeinsamen leiblichen Kindern zusammenleben, wobei

der Ehemann und Vater als primärer Verdiener für den Lebensunterhalt der Familie sorgt, ist in eine Fülle nicht-traditioneller Varianten ausdifferenziert. So lassen sich heutzutage verschiedenste Familienformen jenseits der traditionellen Familie mit verheirateten Eltern und Kind(ern) finden (Grusec, 2011; Kapella/Rille-Pfeiffer/Rupp/Schneider, 2009). Betrachtet man die Familienformen mit Kindern in Deutschland, so nimmt zwar, trotz rückläufiger Zahlen, die Gruppe der Familien, in welchen die Elternteile miteinander verheiratet sind, immer noch den größten Anteil ein (Statistisches Bundesamt Deutschland, 2011). Allerdings gewinnen andere Familienformen zunehmend an Gewicht.

Wie sich die Familienformen mit Kindern in Deutschland in den Jahren seit 1996 bis 2010 verändert haben, zeigt eine Auswertung des Mikrozensus,[1] die relative Veränderungen seit 1996 für Ehepaare, Alleinerziehende und nichteheliche Lebensformen in Ost- und West-Deutschland ausweist (vgl. Abbildung 1). Hierbei ist der jeweilige Ausgangswert im Jahr 1996 mit 100 Prozent verzeichnet, um entsprechende prozentuale Zuwächse oder Rückgänge der einzelnen Familienformen in beiden Regionen Deutschlands erkennbar zu machen.

Wie Abbildung 1 ausweist, ist vor allem im Westen bis 2003 der Anteil nichtehelicher Lebensgemeinschaften (NEL) mit minderjährigen Kindern gestiegen. Diese Gruppe hat sich in Westdeutschland von 1996 bis 2010 (von 323.000 auf 602.000 Familien) nahezu verdoppelt. Auch in Ostdeutschland hat die Anzahl nichtehelicher Lebensgemeinschaften mit Kindern zunächst bis zum Jahr 2002 leicht zugenommen, sich jedoch seitdem auf einem weitgehend stabilen Niveau eingependelt (absolute Zahlen in Tausend: 1996: 321; 2010: 363). Demgegenüber fällt die Zunahme Alleinerziehender (Mütter und Väter, die ohne Ehe- oder Lebenspartner/in mit ihren ledigen Kindern in einem Haushalt zusammenleben) eher moderat aus. Insgesamt hat sich diese Gruppe trotz eines leichten Anstiegs in Westdeutschland (absolute Zahlen in Tausend 1996: 1.306; 2010: 1.698) insgesamt seit 1996 wenig verändert (absolute Zahlen in Tausend: Ost: 1996: 551; 2010: 504).

[1] Der Mikrozensus, welcher 1 % der Bevölkerung befragt, ist die amtliche Repräsentativstatistik über die Bevölkerung und den Arbeitsmarkt in Deutschland.

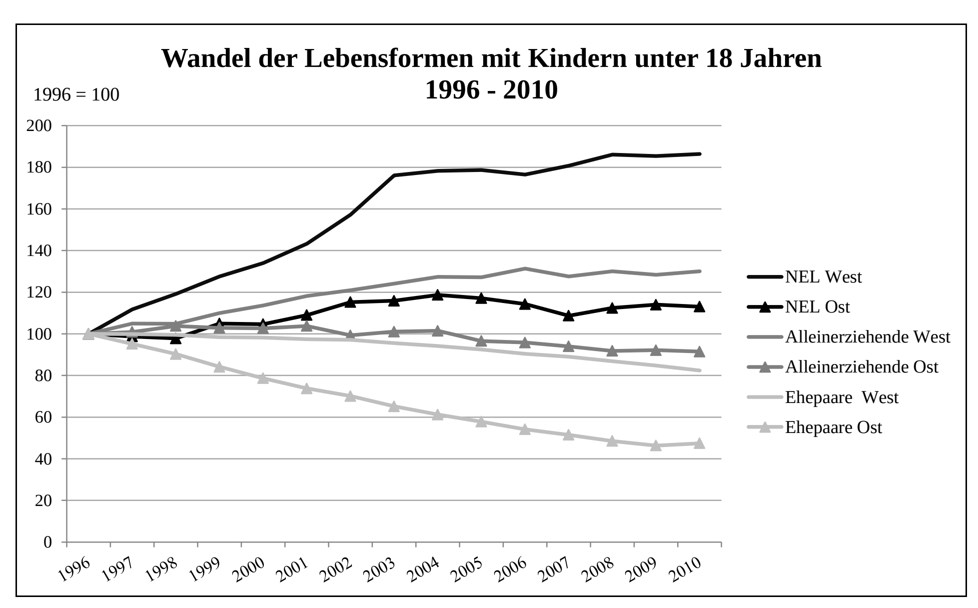
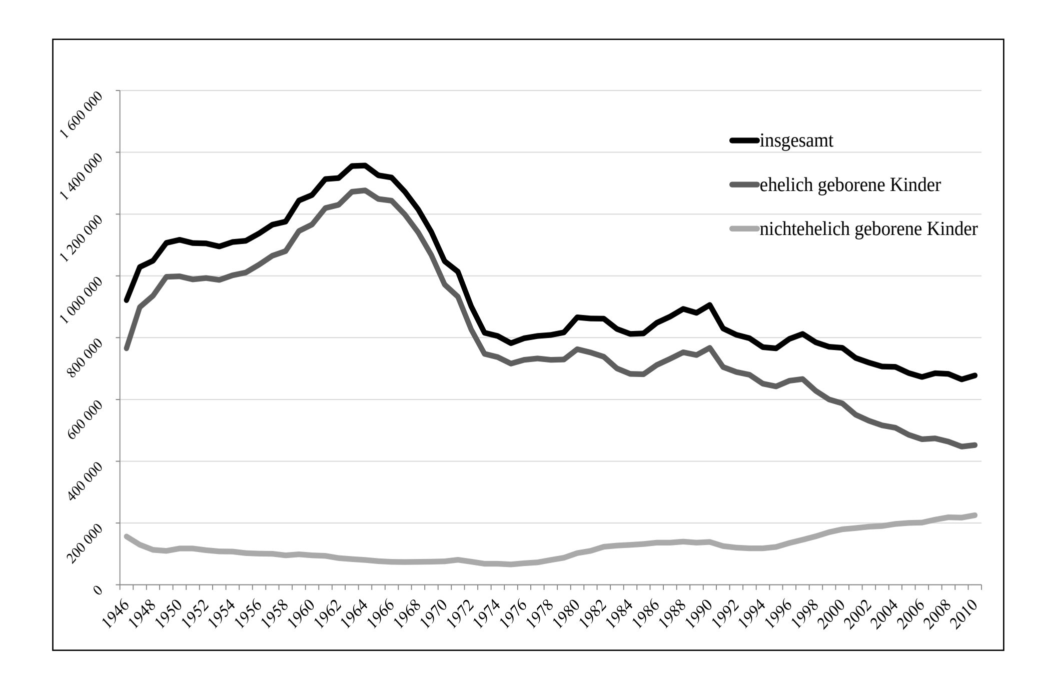


Abbildung 1: Wandel der Lebensformen mit ledigen Kindern unter 18 Jahren 1996 - 2010 (Quelle Statistisches Bundesamt, Mikrozensus, aus Langmeyer, 2012); Anmerkung: NEL = nichteheliche Lebensgemeinschaften

Interessanterweise spiegelt sich dieser Anstieg der nichtehelichen Lebensgemeinschaften mit Kindern im Westen nicht direkt in einem besonders starken Rückgang von Ehepaaren mit Kindern wider: Zwar ist sowohl in West- als auch Ostdeutschland diese Familienform generell rückläufig, dennoch ist der Rückgang in Westdeutschland von 1996 mit 10,528 Mio. Familien auf 8,678 Mio. Familien in 2010 prozentual nicht so markant wie der Rückgang der Ehepaare mit Kindern in Ostdeutschland. Vor allem in Ostdeutschland scheint die Familienform miteinander verheirateter Eltern deutlich an normativem und statistischem Gewicht zu verlieren. Diese Gruppe hat sich im Osten laut Mikrozensus von 1996 (2,568 Mio. Familien) bis 2010 (1,219 Mio. Familien) annähernd halbiert.

Mit dem Anstieg der nichtehelichen Lebensgemeinschaften mit Kindern in Deutschland korrespondiert eine steigende Zahl nichtehelicher Geburten (Schneewind, 2010). Wie Abbildung 2 zeigt, stieg vor allem seit Mitte der 1970er Jahre – trotz der allgemein zurückgehenden Geburtenzahlen – die Anzahl nichtehelicher Geburten deutlich an, während die ehelichen Geburten seit 1964 kontinuierlich rückläufig sind.



ergeben sich deutliche Unterschiede zwischen Ost- und Westdeutschland. So liegt der Prozentsatz der nichtehelich geborenen Kinder in Ostdeutschland seit 1998 (1998: 44,1 %, 2010: 58,3 %) kontinuierlich deutlich über dem Prozentsatz für Westdeutschland (1998: 15,5 %, 2010: 27,0 %; Gesamtwert für Deutschland 1998: 20,0 %, 2010: 33,3 %). Auch in den einzelnen Bundesländern ist ein kontinuierlicher Anstieg der Nichtehelichenquoten zu verzeichnen, gleichwohl ergeben sich auch hier deutliche Unterschiede zwischen den Bundesländern (vgl. Langmeyer/Walper, 2012b). So waren sowohl 1998 als auch 2010 in Baden-Württemberg prozentual die niedrigsten Nichtehelichen-quoten zu verzeichnen. Die höchsten Quoten lagen 1998 in Mecklenburg-Vorpommern und 2010 in Sachsen-Anhalt. Selbst der höchste Prozentsatz in Westdeutschland liegt mit 35,5 % in Schleswig-Holstein noch unter dem niedrigsten Prozentsatz in Ostdeutschland mit 49,6 % in Berlin.

II. Übereinstimmende Erklärungen zur gemeinsamen Sorge nicht miteinander verheirateter Eltern

Wollen nicht miteinander verheiratete Eltern für ihr gemeinsames Kind das gemeinsame Sorgerecht erlangen, so können sie hierzu gemäß § 1626a BGB entsprechende übereinstimmende Erklärungen abgeben (vgl. Schmidt/ Eschelbach/Meysen, 2012). Betrachtet man anhand von Zahlen der amtlichen Statistik, wie viele Sorgeerklärungen für nichtehelich geborene Kinder abgegeben werden, so ist insgesamt ein Anstieg an abgegebenen Sorgeerklärungen zu verzeichnen: Waren es insgesamt in Deutschland in den Jahren 2004 und 2005 je 87.400 bzw. 90.396 abgegebene Sorgeerklärungen, so waren 2010 mit bereits 130.011 deutlich mehr Sorgeerklärungen zu verzeichnen. Prozentuiert man die Sorgeerklärungen der Jahre 2005 – 2007 auf die nichtehelichen Geburten dieser Jahrgänge und vergleicht diese mit den prozentualen Sorgeerklärungen der Jahre 2008 – 2010 (vgl. Langmeyer/Walper, 2012b; Langmeyer, 2012), so ist insgesamt ein deutlicher Anstieg des Anteils unverheirateter Eltern mit gemeinsamer Sorgeerklärung von 32,4 % auf 54,2 % zu erkennen (vgl. Abbildung 3).

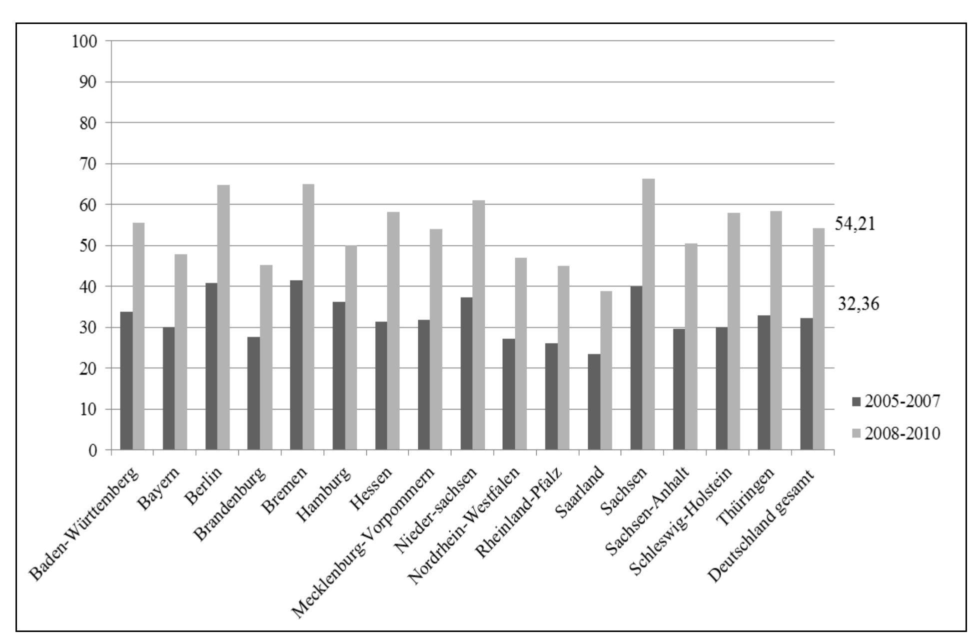


Abbildung 3: Prozent abgegebener Sorgeerklärungen an nichtehelichen Geburten 2005 - 2007 vs. 2008 - 2010

Andererseits ergeben sich deutliche Unterschiede zwischen den Bundesländern: Während im Saarland in den Jahren 2005 – 2007 lediglich für 23,4 % der nichtehelich geborenen Kinder Sorgeerklärungen abgegeben wurden, waren es in

Bremen mit 41,6 % in den selben Jahrgängen bereits deutlich mehr. In den Jahrgängen 2008 – 2010 wurde Bremen von Sachsen mit 66,3 % als Spitzenreiter abgelöst. Mit 65,1 % liegt Bremen jedoch, ähnlich wie auch Berlin und Niedersachsen nur knapp dahinter. Schlusslicht bleibt weiterhin, gefolgt von Rheinland-Pfalz und Brandenburg, das Saarland mit nur 38,9 % abgegebenen Sorgeerklärungen für nichtehelich geborene Kinder.

In der nachfolgenden Abbildung 4 sind die einzelnen Stadt- und Landkreise je nach dem dortigen Anteil nichtehelich geborener Kinder der Jahrgänge 2005-2008 markiert. Auffallend sind hierbei die klaren regionalen Grenzen, mit denen in Ostdeutschland mit im Schnitt über 50 % nichtehelichen Geburten deutlich mehr Kinder außerhalb einer Ehe geboren werden als in Westdeutschland. Zudem ist der Prozentsatz an Sorgeerklärungen für diese nichtehelich geborenen Kinder pro Bundesland angegeben. Zwar findet sich der höchste Prozentsatz an abgegebenen Sorgeerklärungen in Sachsen mit 60,1 % auch in einem Bundesland, in dessen Stadt- und Landkreisen ebenfalls eine hohe Anzahl an nichtehelichen Geburten zu verzeichnen ist, und analog findet sich die niedrigste Zahl im Saarland mit 33,0 % in einem Bundesland mit eher wenigen nichtehelichen Geburten im Vergleich zu ehelichen Geburten, dennoch lässt sich kein eindeutiger Zusammenhang zwischen nichtehelichen Geburten und Sorgeerklärungen registrieren. So fallen beispielsweise Brandenburg mit nur 41,0 % Sorgeerklärungen trotz über 50 % nichtehelicher Geburten und Bremen mit 59,1 % Sorgeerklärungen bei rund 30 % nichtehelichen Geburten aus dem Rahmen.

Was diese Zahlen offen lassen, sind die Beziehungskontexte und Lebensbedingungen, vor deren Hintergrund sich nicht miteinander verheiratete Eltern für oder gegen die gemeinsame Sorge entscheiden. Diese Fragen sind zentraler Gegenstand des im Folgenden dargestellten Projekts.

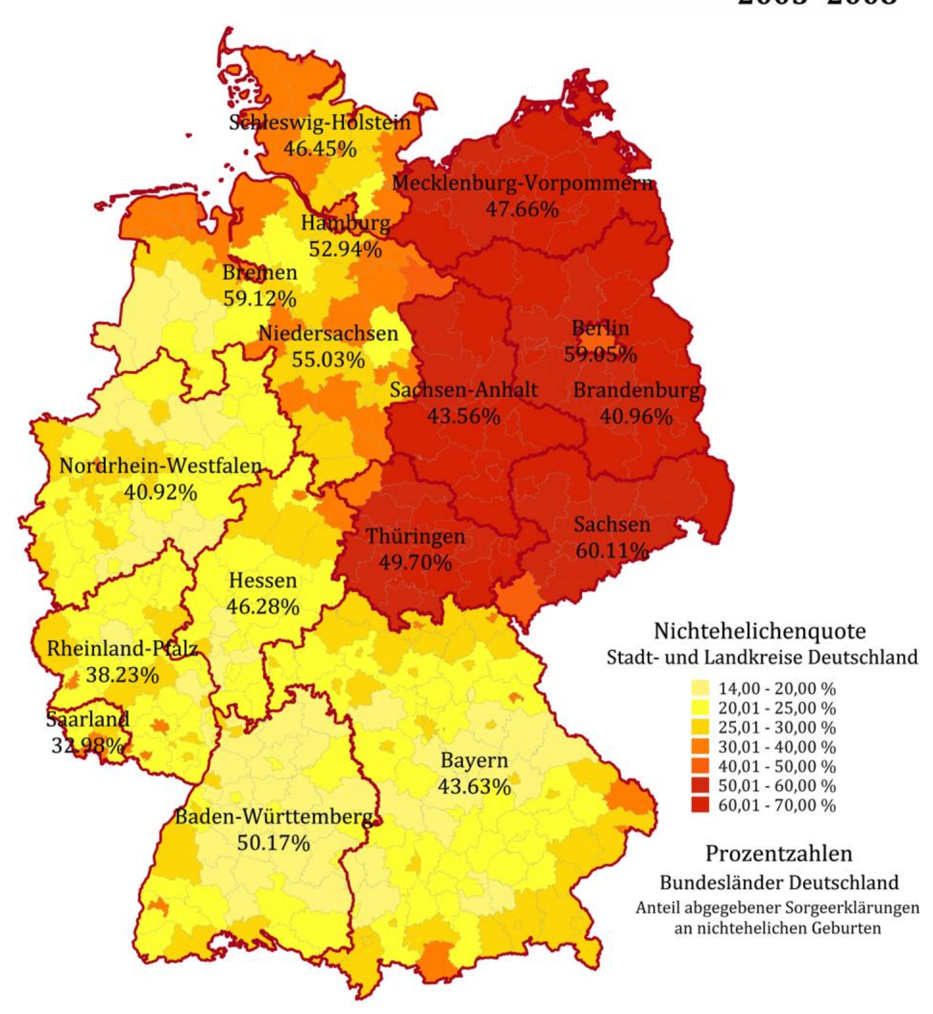


Abbildung 4: Anteil nichtehelicher Geburten und Prozentzahl abgegebener Sorgeerklärungen in den Regionen Deutschlands (Quelle: Statistisches Bundesamt, aus Langmeyer, 2012)

III. Die Studie „Gemeinsames Sorgerecht nicht miteinander verheirateter Eltern“

1. Projektkonzeption

Die deutschlandweite Untersuchung „Gemeinsames Sorgerecht nicht miteinander verheirateter Eltern“ (Jurczyk/Walper, 2012) wurde im Zeitraum Mai 2009 bis September 2010 von der Ludwig-Maximilians-Universität München in Kooperation mit dem Deutschen Jugendinstitut e. V. im Auftrag des Bundesministeriums der Justiz durchgeführt. Ziel der Studie war es zu überprüfen, inwieweit die Voraussetzungen und Annahmen des Bundesverfassungsgerichts und des Gesetzgebers bezüglich der Abgabe von Sorgeerklärungen mit der Alltagspraxis nicht miteinander verheirateter Eltern übereinstimmen. Bei der Prüfung der Verfassungsmäßigkeit der damaligen Regelung im Jahr 2003 ging das Bundesverfassungsgericht davon aus, dass nicht miteinander verheiratete Eltern, die gemeinsam die Verantwortung für ihr Kind übernehmen, dies auch durch die Begründung der gemeinsamen elterlichen Sorge rechtlich legitimieren und nur dann auf das gemeinsame Sorgerecht verzichten, wenn dem kindeswohlrelevante Gründe entgegenstehen. Mit der Initiierung der Studie kam das Bundesministerium der Justiz der Auflage des Bundesverfassungsgerichts nach, den bestehenden Sachverhalt rechtstatsächlich zu untersuchen. Somit sollte mit der Studie vorwiegend die Verfassungsmäßigkeit der seit der Kindschaftsrechtsreform 1998 geltenden Regelung des Sorgerechts nicht miteinander verheirateter Eltern überprüft werden. Die Frage bezüglich der Verfassungsmäßigkeit wurde zumindest aus juristischer Perspektive bereits während der Projektlaufzeit durch die Entscheidung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte[2] sowie darauffolgend durch das Bundesverfassungsgericht[3] negativ beantwortet. Dennoch wurde dieses interdisziplinäre Projekt, in das soziologische, psychologische und juristische Expertisen eingeflossen sind, weiter fortgeführt, um näheren Aufschluss über die Lebens- und Entscheidungsbedingungen nicht miteinander verheirateter Eltern zu gewinnen.

Weitere zentrale Themen neben der empirischen Überprüfung der Verfassungsmäßigkeit und der Aufklärung von Prävalenzraten gemeinsamer Sorge nichtehelicher Eltern waren in dieser Studie die Passung rechtlicher Regelungen und individuellem Verhalten sowie die Klärung des gesellschaftlichen Verständnisses von gemeinsamer elterlicher Sorge. Hierbei lag das Interesse – anders als aus juristischer Perspektive – nicht auf der Bedeutung des gemeinsa-

[2] EGMR Urt. v. 3. 12. 2009 - 22028/04 (Zaunegger/Deutschland), FamRZ 2010, S. 103.
[3] BVerfG FamRZ 2010, S. 1403.

men Sorgerechts im Konfliktfall, sondern auf der faktischen, praktisch gelebten und gewünschten Verantwortungsübernahme im Sinne der Alltagspraxis der ausgeübten Sorge für das Kind. Darüber hinaus sollte die Partnerschaftsentwicklung nichtehelicher Eltern auch im Hinblick auf Besonderheiten und Ähnlichkeiten zwischen nicht miteinander verheirateten Elternpaaren und späteren Ehepaaren beleuchtet werden. Ferner sollte die Beratungspraxis durch die Jugendämter ergründet und die Entwicklung der gesetzgeberischen Prämissen und Rechtsentwicklungen in Ost und West untersucht werden, eine Literatur- und Rechtsprechungsanalyse erstellt sowie ein internationaler Vergleich der Sorgerechtsregelungen bei nichtehelichen Eltern durchgeführt werden.

Um diesen Fragestellungen nachzugehen, wurde in der Studie ein gestuftes Vorgehen angewandt, das unterschiedliche methodische Zugänge im Sinne eines triangulierenden Verfahrens verbindet. So konnte neben der Auswertung der amtlichen Statistiken und einer juristischen Expertise auch die Perspektive der Betroffenen in standardisierten wie auch offenen qualitativen Befragungen zur Geltung gebracht werden. Im Zentrum der Erhebungen standen Eltern, die im Zeitraum 2005–2007 ein Kind bekamen, ohne mit dem anderen Elternteil verheiratet zu sein. Die Beschränkung des Altersspektrums der Kinder auf etwa zwei bis vier Jahre hat zwei Vorteile: (1) Im Rückblick auf die Familienentwicklung betrachtet man vergleichsweise zeitnah einen bedeutsamen Abschnitt der frühen Kindheit, in dem sich die Stabilität der Elternbeziehung überwiegend herauskristallisiert. (2) Gleichzeitig ist die Entwicklung noch nicht so weit fortgeschritten, dass sich der Bestand nichtehelicher Lebensgemeinschaften durch Eheschließung oder Trennung allzu drastisch reduziert hätte.

In den qualitativen Teilstudien wurden einerseits Experten des Jugendamts (Beurkundungsstelle und Allgemeiner Sozialer Dienst, ASD) als auch bei Geburt des Kindes unverheiratete Eltern befragt. Die quantitative Komponente der Studie bestand einerseits aus einer schriftlich-postalischen *standardisierten Kurzbefragung* (vgl. Langmeyer/Walper, 2012d) von Eltern nichtehelich geborener Kinder, um Fragen der Partnerschaftsentwicklung und damit der Elternkonstellation der Kinder während der ersten Lebensjahre zu erfassen. Mit dieser standardisierten Kurzbefragung wurden 1.034 Mütter und Väter nichtehelich geborener Kinder in folgenden Bundesländern befragt: Baden-Württemberg, Bayern, Berlin, Brandenburg, Bremen, Hamburg, Mecklenburg-Vorpommern, Niedersachsen, Nordrhein-Westfalen, Sachsen-Anhalt und Thüringen. Der zweite Teil der quantitativen Befragung bestand aus einer auf einer Teilstichprobe dieser Kurzbefragung aufbauenden, ausführlicheren *standardisierten Intensivbefragung* (vgl. Langmeyer/Walper, 2012c), um vertiefende Informationen zum Sorgerechtsverhalten, zur alltäglichen Arbeitsteilung der Eltern hin-

sichtlich der elterlichen Sorge sowie zum Kindeswohl zu gewinnen. Diese zweite, ebenfalls schriftlich-postalische Befragung, fokussierte stabile nichteheliche Lebensgemeinschaften mit gemeinsamen Kindern. Zum Vergleich mit diesen wurden folgende Gruppen von Eltern herangezogen: (a) ursprünglich nichteheliche Elternpaare, die zwischenzeitlich geheiratet hatten, sowie (b) getrennt lebende Eltern, die ursprünglich bei Geburt des Kindes unverheiratet zusammengelebt hatten (vgl. Jurczyk/Walper, 2012).

2. Befunde der standardisierten Kurzbefragung von Eltern

a) Stichprobe

Von den 1.034 befragten Personen sind 664 Personen (64,2 %) weiblich und 370 (35,8 %) männlich. Das durchschnittliche Alter beträgt insgesamt 33,88 Jahre mit einer Standardabweichung (SD) von 6,85 Jahren (Männer: 36,24 Jahre, SD = 7,14; Frauen: 32,57 Jahre, SD = 6,31). Der überwiegende Teil der Befragungsteilnehmer/innen (93,6 %) hat die deutsche Staatsangehörigkeit. Der Bildungsgrad in der vorliegenden Stichprobe ist tendenziell hoch: 46,2 % aller Befragten haben die allgemeine oder die fachgebundene Hochschulreife. Nach Auskunft der Mütter wurde in den meisten Fällen (97,9 %) die Vaterschaft für das Zielkind anerkannt.

b) Partnerschaftsentwicklung

Bei Geburt des Kindes lebten 77,2 % der Befragten in einer nichtehelichen Lebensgemeinschaft (NEL) mit dem anderen Elternteil des Kindes. Weitere 11,5 % führten eine Partnerschaft mit dem anderen Elternteil, lebten mit diesem aber nicht in einem gemeinsamen Haushalt („Living Apart Together", LAT). Nur 11,1 % berichten, in keiner Partnerschaft mit dem anderen Elternteil gelebt zu haben. Tabelle 1 stellt die Partnerschaftssituation der Eltern bei Geburt des Kindes derjenigen zum Befragungszeitpunkt gegenüber und informiert somit über die Verheiratungs- sowie auch Trennungsquote der Elternpaare je nach Partnerschaftssituation bei Geburt des Kindes (Datenbasis: 919 Eltern).

Tabelle 1: Vergleich Partnerschaftssituation bei Geburt mit aktueller Partnerschaftssituation (aus Langmeyer/Walper, 2012)

Partnerschaftssituation mit anderem Elternteil bei Geburt des Kindes	Aktuelle Partnerschaftssituation mit anderem Elternteil					
	NEL	LAT	ver-heiratet	ge-trennt	nie Partner-schaft	Gesamt
NEL	54,7 %	1,2 %	25,0 %	19,1 %	0%	100 %
LAT	43,5 %	0 %	18,8 %	37,7 %	0%	100 %
keine Partner-schaft	21,1 %	5,5 %	3,7 %	0 %	69,7 %	100 %
gesamt	49,7 %	1,6 %	22,0 %	18,2 %	8,5 %	100 %

Betrachtet man zunächst die Stabilität der Partnerschaft mit dem anderen Elternteil vom Zeitpunkt der Geburt des Kindes bis zum Befragungszeitpunkt, so erweisen sich nichteheliche Lebensgemeinschaften im Vergleich zu Paaren mit separaten Haushalten als stabiler. Die Trennungsquote der LAT-Beziehungen ist mit 37,7 % doppelt so hoch wie bei NEL-Paaren (19,1 %). Gleichzeitig heißt dies allerdings auch, dass zwei Drittel der ursprünglich nicht in Haushaltsgemeinschaft lebenden Paare ihre Partnerschaft aufrechterhalten, ja sogar durchgängig intensivieren. Immerhin 43,5 % der ursprünglichen LAT-Paare sind nach der Geburt des Kindes zusammengezogen und weitere 18,8 % dieser Paare haben geheiratet. Unter den Paaren, die bei Geburt des Kindes unverheiratet zusammenlebten (NEL), liegt die Verheiratungsquote allerdings höher (25,0 %). Auch ein knappes Viertel derjenigen Eltern, die zunächst bei Geburt des Kindes keine Partnerschaft mit dem anderen Elternteil hatten, geht in der Folgezeit eine Partnerschaft ein (21,1 %), wobei hier offenbleibt, ob schon vormals eine Partnerschaft bestanden hatte, die nur zum Zeitpunkt der Geburt unterbrochen war. Eine Eheschließung ist allerdings unter diesen Umständen weniger wahrscheinlich (3,7 %). 69,7 % der Eltern, die bei Geburt des Kindes keine Partnerschaft mit dem anderen Elternteil hatten, berichten, dass nie eine Partnerschaft mit dem anderen Elternteil bestand.

Legt man nur die Angaben der Mütter zugrunde, die einen höheren Anteil getrennt Lebender umfassen als dies bei den befragten Vätern der Fall ist, so verschieben sich die Gewichte etwas: Hier erweisen sich 23,3 % der ursprünglich zusammenlebenden Paare und sogar 47,9 % der Paare mit separaten Haushal-

ten als instabil. 78,8 % der Mütter, die bei Geburt des Kindes keine Partnerschaft mit dem Vater des Kindes hatten, geben an, nie eine Partnerschaft mit ihm geführt zu haben. Die Heiratsquote der Mütter liegt mit 20,7 % nur geringfügig unter dem Wert für die Gesamtstichprobe (22,0 %); bei Müttern, die bei Geburt des Kindes mit dem Vater zusammenlebten, ist sie annähernd identisch (25,1 %).

Insgesamt sprechen die Befunde für eine seltenere nachträgliche Heirat der Eltern als gemeinhin berichtet: Circa jeder vierte Befragte heiratet den anderen Elternteil im Verlauf der ersten drei bis fünf Lebensjahre des Kindes. Nach Auskunft der Mütter haben sich 21,9 % der Paare in diesem Zeitraum getrennt, wobei sich insbesondere Paare mit separaten Haushalten als instabil erwiesen, und weitere 11,6 % hatten nie eine gemeinsame Partnerschaft mit dem anderen Elternteil. Von denjenigen, die bei Geburt des Kindes zusammenlebten, hat sich im weiteren Verlauf rund ein Fünftel getrennt.

In Westdeutschland fällt der Anteil der inzwischen Verheirateten höher aus als im Osten (25,2 % vs. 16,8 %), während die Trennungsrate im Osten mit 21,1 % etwas höher ist als im Westen (16,8 %). Bei Geburt des Kindes bestanden allerdings keine wesentlichen Unterschiede in der Partnerschaftssituation der Befragten. Stadt-Land-Unterschiede bestehen weder bezüglich der aktuellen Lebensform noch derjenigen bei Geburt des Kindes.

Die Entwicklung der Partnerschaftssituation weist deutliche Zusammenhänge mit der erinnerten Qualität der Paarbeziehung bei Geburt des Kindes auf: Diejenigen Partnerschaften, in denen das Vertrauen in den anderen Elternteil gering war (Abbildung 5) oder in denen viele Auseinandersetzungen auftraten (Abbildung 6),[4] erwiesen sich in der Folgezeit als deutlich instabiler. Interessanterweise zeigt sich dies besonders, wenn man die Angaben der Mütter über die Qualität der Partnerschaft bei Geburt des Kindes zugrunde legt. Dass von der Mutter getrennte Väter sich nicht an vergleichbare Belastungen der Partnerschaft bei Geburt des Kindes erinnern, mag zwar einerseits dem unterschiedlichen Partnerschaftserleben von Männern und Frauen geschuldet sein. Andererseits ist aber auch zu berücksichtigen, dass diejenigen Väter, die an der Befragung teilgenommen haben, eine selektive Gruppe darstellen: Sie umfassen einen geringeren Anteil Getrennter als dies für die Mütter der Fall ist (11,43 % unter den Vätern vs. 24,3 % unter den Müttern).

[4] Die Eltern gaben je auf einem Antwortformat von 1 = „sehr zutreffend" bis 6 = „gar nicht zutreffend" an, ob sie ein großes Vertrauen in die Tragfähigkeit der Partnerschaft hatten bzw. ob es viele Auseinandersetzungen gab.

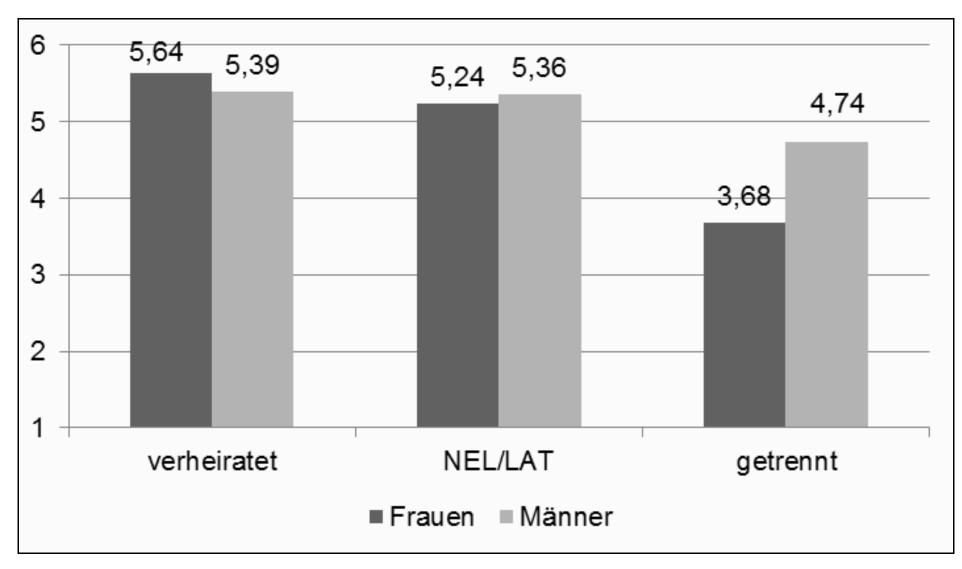


Abbildung 5: Vertrauen in die Partnerschaft bei Geburt des Kindes und aktuelle Partnerschaftssituation nach Geschlecht (aus Langmeyer/Walper, 2012d)

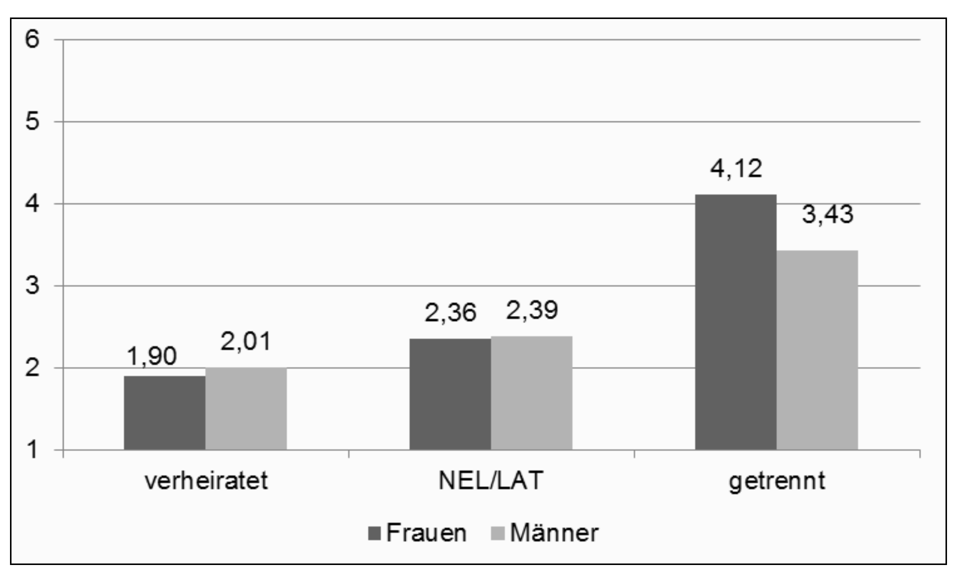


Abbildung 6: Auseinandersetzungen bei Geburt des Kindes nach aktueller Partnerschaftssituation und Geschlecht (aus Langmeyer/Walper, 2012d)

c) Gründe gegen eine Ehe

Die Teilnehmerinnen und Teilnehmer der Befragung wurden auch danach gefragt, welche Gründe damals – bei Geburt des Kindes – gegen eine Ehe-

schließung mit dem anderen Elternteil gesprochen haben. Die meisten der genannten Gründe gegen eine Ehe sind *nicht kindeswohlrelevante Gründe* (86,8 %) wie mangelnde finanzielle Ressourcen für ein Hochzeitsfest oder generelle Vorbehalte gegenüber einer Ehe. Nur sehr vereinzelt werden *Risikofaktoren für das Kindeswohl* als Gründe angeführt, wie Probleme mit Alkohol oder Gewalt (n = 5 Nennungen; 0,6 %) oder Unfähigkeit des anderen Elternteils in der Elternrolle (n = 1 Nennung; 0,2 %). Häufiger werden Partnerschaftsprobleme, die potenziell kindeswohlrelevant sein können, genannt (n = 116 Nennungen; 13,4 %). Hierunter fallen Konflikte in der Partnerschaft, Vertrauensbrüche, Untreue oder mangelnde Passung, aber auch eine zu kurze Dauer der Beziehung und damit mangelndes Vertrauen in die Tragfähigkeit der Partnerschaft. Letzteres geht oft einher mit einem generellen Gefühl, zu jung zu sein für eine Ehe. Diese Gruppe von Gründen wurde als *potenziell kindeswohlrelevante Probleme in der Elternbeziehung* zusammengefasst. Sie können als zumindest *potenziell* kindeswohlrelevant eingestuft werden, weil sie die Kooperationsbasis zwischen den Eltern in Frage stellen. Die folgende Übersicht (Abbildung 7) verdeutlicht die Gruppierung der genannten Gründe. Zur Vereinfachung wurden für weitergehende Berechnungen die *Risikofaktoren für das Kindeswohl* mit den potenziell *kindeswohlrelevanten Problemen in der Partnerschaft* als *(potenziell) kindeswohlrelevante Gründe* zusammengefasst. Diese Gründe machen insgesamt 14,1 % der Nennungen aus.

Zur Gruppierung der Gründe gegen eine Ehe:

Risikofaktoren für das Kindeswohl (0,7 %)
(z. B. Alkoholprobleme, Gewalt, Unfähigkeit in der Elternrolle)

potenziell kindeswohlrelevante Probleme in der Elternbeziehung (13,4 %)
(z. B. Konflikte in der Partnerschaft, mangelnde Tragfähigkeit der Partnerschaft)

} **(potenziell) kindeswohlrelevante Gründe** gegen die die Eheschließung: 14,1 %

nicht kindeswohlrelevante Gründe (86,8 %)
(z. B. Ehe unzeitgemäß, unabhängig sein wollen, fehlende finanzielle Mittel, nicht schwanger heiraten wollen)

nicht kindeswohlrelevante Gründe gegen die Eheschließung: 86,8 %

Abbildung 7: Gruppierung der Gründe gegen eine Ehe (aus Langmeyer/Walper, 2012d)

Betrachtet man nur diejenigen Eltern, die bei Geburt des Kindes eine Partnerschaft mit dem anderen Elternteil hatten, so nennen insgesamt 13,9 % dieser Eltern solche *(potenziell) kindeswohlrelevanten Gründe* gegen eine Eheschließung. 11,3 % der NEL-Partner, aber immerhin 31,8 % der LAT-Partner führen mindestens einen dieser *(potenziell) kindeswohlrelevanten Gründe* gegen eine Eheschließung an. Allerdings treten in letzterer Gruppe nur partnerschaftsbezogene, also *potenziell kindeswohlrelevante Probleme in der Elternbeziehung* auf. Die sehr viel selteneren und gravierenderen *Risikofaktoren für das Kindeswohl* werden interessanterweise ausschließlich unter den NEL-Partnern genannt. Wenngleich die Befragten dieser Gruppe insgesamt nur wenige Hinweise auf kindeswohlrelevante Vorbehalte liefern, scheinen sich doch in Einzelfällen auch gravierendere Problemlagen zu finden.

Diese Prozentwerte erhöhen sich nur geringfügig, wenn man ausschließlich die Angaben der Frauen zugrunde legt. Betrachtet man nur die Angaben der Väter, fällt auf, dass lediglich 20 % der Männer aus LAT-Partnerschaften *(potenziell) kindeswohlrelevante Gründe* nennen, während dies für mehr als 35 Prozent der Mütter gilt. Auch für diese Abweichung dürfte wiederum die selektive Teilnahme der (engagierten, in Partnerschaft lebenden) Väter den Ausschlag geben.

Deutlich wird in den Antworten, dass für die Befragten eine Entkoppelung von Ehe und Elternschaft stattfindet. Mehrheitlich wird die Ehe als nicht notwendig erachtet, und für viele hat sich die Frage einer Heirat gar nicht gestellt. Damit gewinnen tragfähige Sorgerechtsregelungen für Paare, die Eltern werden ohne miteinander verheiratet zu sein, herausragende Bedeutung.

d) Beratung durch das Jugendamt

Obwohl bei nichtehelicher Geburt eines Kindes eine Beratung zum Sorgerecht durch das Jugendamt vorgesehen ist, war in immerhin 46,4 % der Fälle keiner der beiden Elternteile zur Beratung im Jugendamt. Unter denjenigen Eltern, die keine übereinstimmenden Sorgeerklärungen abgegeben haben, beträgt dieser Anteil sogar 74,4 %, während bei gemeinsamem Sorgerecht durch Erklärung nur in 29,1 % der Fälle keine Beratung durch das Jugendamt erfolgte und die Eltern mehrheitlich eine gemeinsame Beratung durch das Jugendamt in Anspruch nahmen (65,0 %). Bezogen auf alle Befragten haben in 5,8 % der Fälle die Eltern auf eine persönliche Beratung verzichtet, jedoch ein Informationsblatt vom Jugendamt erhalten, in 4,4 % der Fälle war ein Elternteil zur Beratung im Jugendamt und 43,4 % aller Befragten waren zusammen mit dem anderen Elternteil zur Beratung im Jugendamt.

Sofern die Begründung der gemeinsamen Sorge durch übereinstimmende Erklärungen als Alternative zur Sorgerechtsklärung durch Heirat gehandhabt wird, sollten diejenigen Paare, die nach der Geburt des Kindes geheiratet haben, seltener eine Beratung durch das Jugendamt in Anspruch genommen haben. Dies ist jedoch nicht der Fall. Unterteilt man die Eltern anhand der *aktuellen* Partnerschaftssituation und betrachtet man nun, ob mindestens einer der beiden Elternteile eine Beratung im Jugendamt in Anspruch genommen hat, so ist aus Abbildung 8 ersichtlich, dass sich die Gruppen der nun verheirateten, der nichtehelichen Lebensgemeinschaften (NEL) sowie der inzwischen getrennten Paare kaum voneinander unterscheiden. In den beiden übrigen Gruppen (den nichtehelichen Paaren, die in keinem gemeinsamen Haushalt leben (LAT) und denjenigen, die niemals eine Partnerschaft mit dem anderen Elternteil hatten) war jeweils zu einem größeren Prozentsatz keiner der beiden Elternteile in einer Beratung. Bei denjenigen Eltern, die niemals eine Partnerschaft hatten, ist der Prozentsatz keiner Jugendamtsberatung am höchsten. Auch dies legt nahe, dass vor allem dann die Beratung aufgesucht wird, wenn das gemeinsame Sorgerecht angestrebt wird, weil die Partnerschaft besteht und einen höheren Verbindlichkeitsgrad hat.

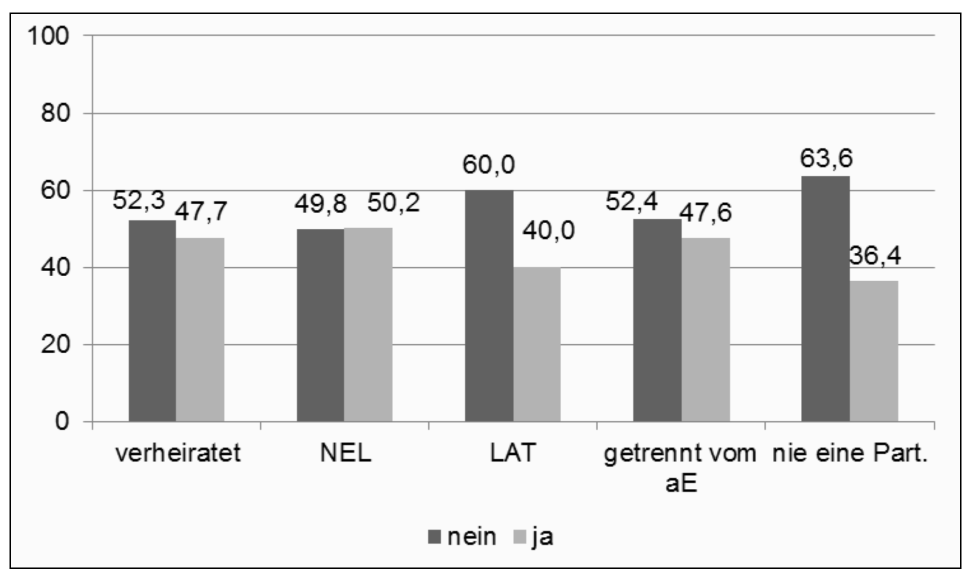


Abbildung 8: Inanspruchnahme von Beratung zum gemeinsamen Sorgerecht durch das Jugendamt in Abhängigkeit von der aktuellen Partnerschaftssituation mit dem anderen Elternteil (aE) (in Prozent) (aus Langmeyer/Walper, 2012d)

e) Abgabe übereinstimmender Sorgeerklärungen durch die Eltern

Die Mehrheit der Befragten (62,6 %) hat übereinstimmende Sorgeerklärungen für ihr Kind abgegeben. Offensichtlich erfolgen diese Sorgeerklärungen sehr zeitnah zur Geburt des Kindes: Von denjenigen Eltern, die übereinstimmende Sorgeerklärungen abgegeben haben, geben 26,1 % an, dies im selben Monat, in dem auch das Kind geboren wurde, getan zu haben. 44,0 % haben die übereinstimmenden Sorgeerklärungen vor dem Geburtsmonat des Kindes abgegeben und 29,9 % erst nach Geburt des Kindes, wobei zwei Monate nach Geburt des Kindes kaum noch Sorgeerklärungen erfolgten.

Ost-West-Unterschiede bestehen hinsichtlich der Abgabe übereinstimmender Sorgeerklärungen nicht, wohl aber Stadt-Land-Unterschiede: 67,6 % der Befragten, die in Großstädten leben, gaben übereinstimmende Sorgeerklärungen ab, aber nur 54,0 % derjenigen, die in ländlichen Regionen leben. Diese Effekte sind nicht auf Unterschiede in der Nutzung einer Beratung durch die Jugendämter zurückzuführen, da sich in dieser Hinsicht nur Ost-West-Unterschiede, nicht jedoch Stadt-Land-Unterschiede gezeigt hatten. Das heißt: Obwohl in Ostdeutschland häufiger eine Beratung in Anspruch genommen wird, begründen dort nicht prozentual mehr Eltern die gemeinsame Sorge. Und obwohl nicht miteinander verheiratete Eltern in Großstädten und ländlichen Regionen zu jeweils gleichen Anteilen eine Beratung aufsuchen, wird in Großstädten prozentual häufiger die gemeinsame Sorge begründet. Auch bei höherer Bildung der Eltern ist die Erklärung der gemeinsamen Sorge für das Kind wahrscheinlicher.

Wie zu erwarten hat auch die Partnerschaftsentwicklung bis zur Geburt Einfluss auf die Wahrscheinlichkeit gemeinsamer Sorgeerklärungen. Haben die Eltern eine längere Partnerschaftsdauer vor Geburt des Kindes, so werden mit größerer Wahrscheinlichkeit Sorgeerklärungen abgegeben. Auch wer bei Geburt des Kindes als Paar zusammenlebte, erklärt häufiger die gemeinsame Sorge. So zeigt Abbildung 9, dass unter den nichtehelichen Lebensgemeinschaften (NEL) bei Geburt mit rund 70 % der größere Prozentsatz übereinstimmender Sorgeerklärungen abgegeben wurde. Bei den nicht in einem Haushalt wohnenden Paaren (LAT) gilt dies nur für knapp die Hälfte der Befragten, und von den Eltern ohne Partnerschaft bei Geburt des Kindes haben weniger als ein Drittel übereinstimmende Sorgeerklärungen abgegeben. Von den 29 Teilnehmern, die nie eine Partnerschaft mit dem anderen Elternteil hatten, hat nur eine Person die gemeinsame Sorge mit dem anderen Elternteil erklärt.

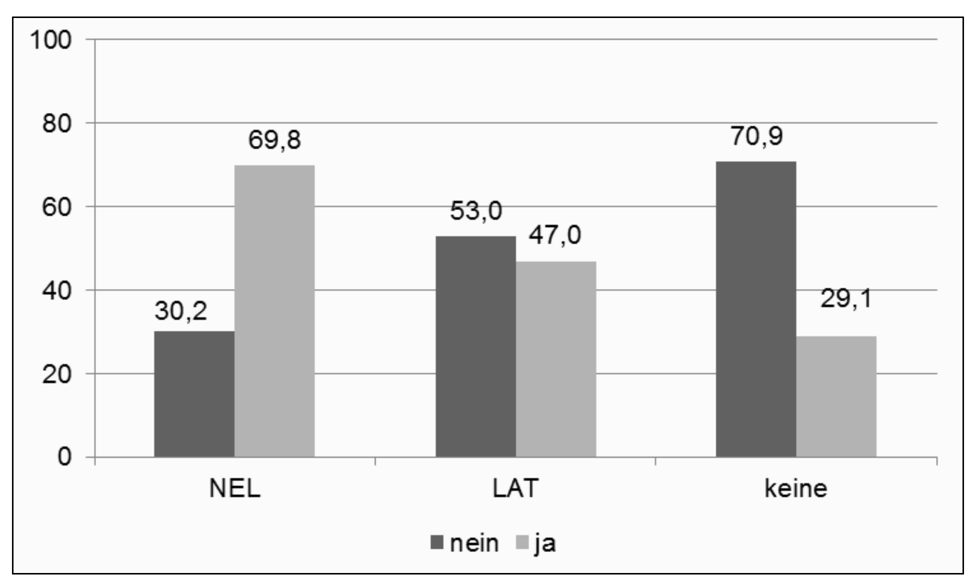


Abbildung 9: Abgabe übereinstimmender Sorgeerklärungen in Abhängigkeit von der Partnerschaftssituation bei Geburt des Kindes (in Prozent) (aus Langmeyer/Walper, 2012d)

Schon hinsichtlich der Inanspruchnahme von Beratung durch das Jugendamt deutete sich an, dass die Begründung gemeinsamer Sorge durch entsprechende Erklärungen keine Alternative zur Eheschließung ist. Dies bestätigt sich auch hinsichtlich der Sorgerechtserklärungen. Unterteilt man die Eltern hinsichtlich ihrer aktuellen Partnerschaftssituation, so wird aus Abbildung 10 deutlich, dass vor allem diejenigen Eltern übereinstimmende Sorgeerklärungen abgegeben haben, die später geheiratet haben (76,3 %). Diejenigen Eltern, die in einer stabilen nichtehelichen Partnerschaft leben (NEL), haben ebenfalls zu einem ähnlich hohen Prozentsatz übereinstimmende Sorgeerklärungen abgegeben. Von den Elternpaaren ohne gemeinsamen Haushalt (LAT) gab demgegenüber nur ein Drittel übereinstimmende Sorgeerklärungen ab. Dieser Befund sollte nicht überbewertet werden, da die Gruppe der aktuellen LAT-Elternpaare sehr klein ist (n = 13). Unter den Getrennten hat rund die Hälfte die gemeinsame Sorge begründet, und von den Elternteilen, die niemals in einer Partnerschaft mit dem anderen Elternteil lebten, haben die meisten (89,2 %) keine übereinstimmenden Sorgeerklärungen abgegeben.

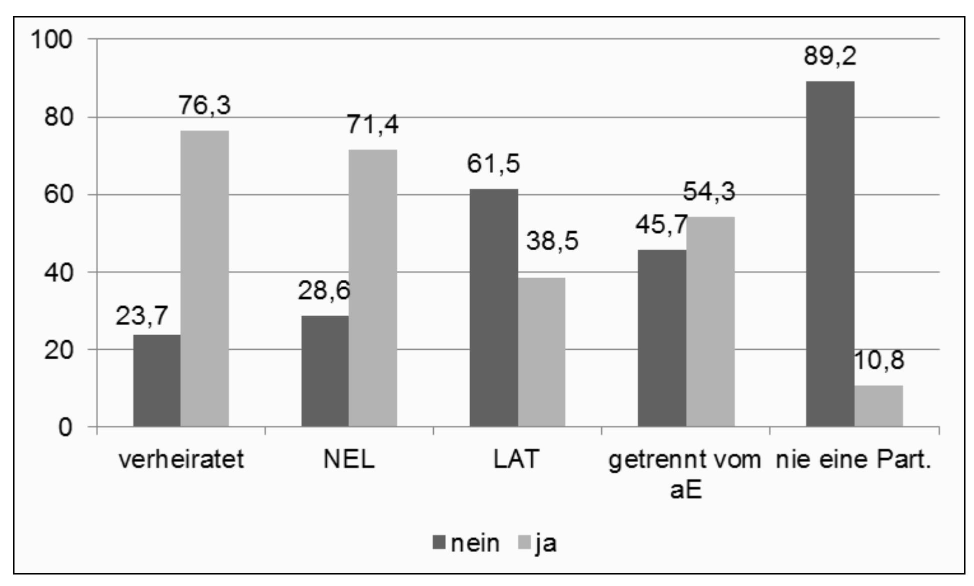


Abbildung 10: Abgabe übereinstimmender Sorgeerklärungen in Abhängigkeit von der aktuellen Partnerschaftssituation mit dem anderen Elternteil (aE) (in Prozent) (aus Langmeyer/Walper, 2012d)

Betrachtet man die aktuelle Heiratsabsicht derer, die eine nichteheliche Paarbeziehung mit dem anderen Elternteil haben und vergleicht diesbezüglich die übereinstimmenden Sorgeerklärungen, so lässt sich kein nennenswerter Unterschied erkennen. Wie in Abbildung 11 dargestellt, wurde in der Gruppe derjenigen, die vorhaben, zu heiraten, und derer, die dies nicht vorhaben, annähernd gleich häufig die gemeinsame Sorge begründet. Interessanterweise wurden übereinstimmende Sorgeerklärungen am häufigsten von denjenigen Eltern abgegeben, die nicht wissen, ob sie den anderen Elternteil heiraten werden. Möglicherweise hat dies damit zu tun, dass einige derjenigen, die sicher heiraten wollen, genau aus diesem Grund keine Sorgeerklärungen abgegeben haben.

Es ist folglich davon auszugehen, dass weder eine Heiratsneigung bei Geburt des Kindes noch eine aktuelle Heiratsneigung Faktoren darstellen, die beide Elternteile davon abhalten, übereinstimmende Sorgeerklärungen abzugeben. Im Gegenteil ist die Heiratsneigung bei Geburt des Kindes eher ein Prädiktor dafür, dass übereinstimmende Sorgeerklärungen abgegeben werden.

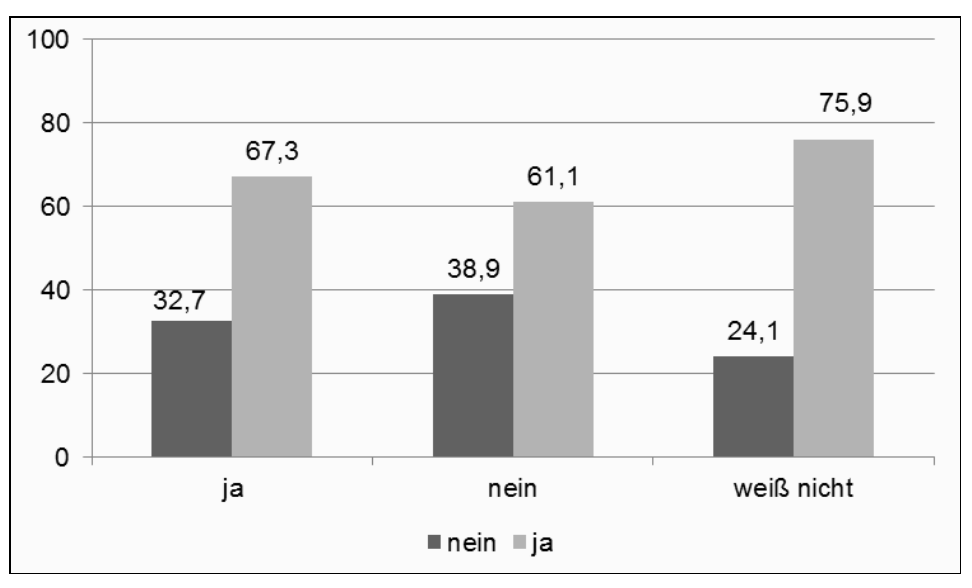


Abbildung 11: Heiratsabsicht und Abgabe übereinstimmender Sorgeerklärungen in Prozent (aus Langmeyer/Walper, 2012d)

f) Gründe gegen die gemeinsame Sorge

Eltern, die keine Sorgeerklärungen abgegeben haben, wurden anhand einer Liste nach Gründen gegen die gemeinsame Sorge gefragt. Diese Gründe wurden hinsichtlich ihrer Kindeswohlrelevanz in drei Gruppen zusammengefasst: (a) vergleichsweise klare *Risikofaktoren für das Kindeswohl,* mit denen Probleme der Asozialität und Subnormalität angesprochen werden, (b) *potenziell kindeswohlrelevante Probleme in der Elternbeziehung*, die einen breiten Bereich von partnerschaftsbezogenen Vorbehalten gegenüber der gemeinsamen Sorge umfassen, und (c) *nicht kindeswohlrelevante Gründe*, die sich auf den Zugang zum Institut der gemeinsamen Sorge, das Umfeld, Konventionen und Vorwissen beziehen. Abbildung 12 verdeutlicht die Zuordnung einzelner Gründe zu den übergeordneten Kategorien.

Risikofaktoren für das Kindeswohl wurden in 13,5 % der Fälle, die keine übereinstimmenden Sorgeerklärungen abgegeben haben, als eigene Argumente gegen die gemeinsame Sorge genannt. Betrachtet man die *potenziell kindeswohlrelevanten Probleme in der Elternbeziehung*, so liegen in immerhin 37,7 % der Fälle solche Gründe gegen die gemeinsame Sorge vor. In diesen beiden Gruppen wurden teilweise zusätzlich auch andere, weniger kindeswohlrelevante Gründe genannt. Ausschließlich nicht kindeswohlrelevante Gründe wurden in 48,8 % der Fälle gegen die gemeinsame Sorge angeführt.

Zur Gruppierung der Gründe gegen die gemeinsame Sorge:	
Risikofaktoren für das Kindeswohl (13,5 %) (z.B. Suchtprobleme, Gewalt in der Partnerschaft, psychische Probleme, Probleme mit dem Strafgesetz) **potenziell kindeswohlrelevante Probleme in der Elternbeziehung** (37,7 %) (z. B. Partnerschaft bestand nie, häufige Konflikte ohne friedliche Verständigung, Elternschaft war nicht gewünscht)	**(potenziell) kindeswohlrelevante Gründe** gegen die gemeinsame Sorge
nicht kindeswohlrelevante Gründe (48,8 %) (z. B. Fehlinformation, Bürokratie, Heiratsabsicht, gemeinsame Sorge nicht erwünscht; Angst, das Sorgerecht zu verlieren; Abraten anderer)	**nicht kindeswohlrelevante Gründe** gegen die gemeinsame Sorge

Abbildung 12: Gruppierung der Gründe gegen die gemeinsame Sorge (aus Langmeyer/ Walper, 2012d)

Legt man die Partnerschaftssituation der Eltern bei Geburt des Kindes zugrunde, so finden sich nicht unbeträchtliche Unterschiede hinsichtlich der kindeswohlrelevanten Gründe (Abbildung 13): Während nur 9,1 % der Befragten, die damals mit dem anderen Elternteil zusammenlebten (NEL), der Gruppe *Risikofaktoren für das Kindeswohl* angehören, sind dies bei Befragten, die in einer Partnerschaft mit dem anderen Elternteil lebten, aber mit diesem nicht zusammenwohnten (LAT), 26,6 % und in der Gruppe derer, die keine Partnerschaft mit dem anderen Elternteil hatten, 17,3 %. Bei den *potenziell kindeswohlrelevanten Problemen in der Elternbeziehung* ((potenziell) kiwo) zeigt sich hingegen der Unterschied zwischen den Personen, die eine Partnerschaft bei Geburt (NEL oder LAT) und denen, die keine Partnerschaft hatten, stärker: Bei den NELs wurden in 26,4 % solche Gründe genannt, unter den LAT-Arrangements waren es immerhin 45,3 % und bei denjenigen ohne Partnerschaft mit dem anderen Elternteil sogar 65,4 %. Unter den NEL-Paaren wurden am häufigsten *nicht kindeswohlrelevante Gründe* genannt (55,0 %). Diese Gründe sind entsprechend der obigen Angaben bei den LAT-Partnerschaften seltener ausschlaggebend (25,0 %) und bei denjenigen ohne Partnerschaft am seltensten vertreten (13,6 %).

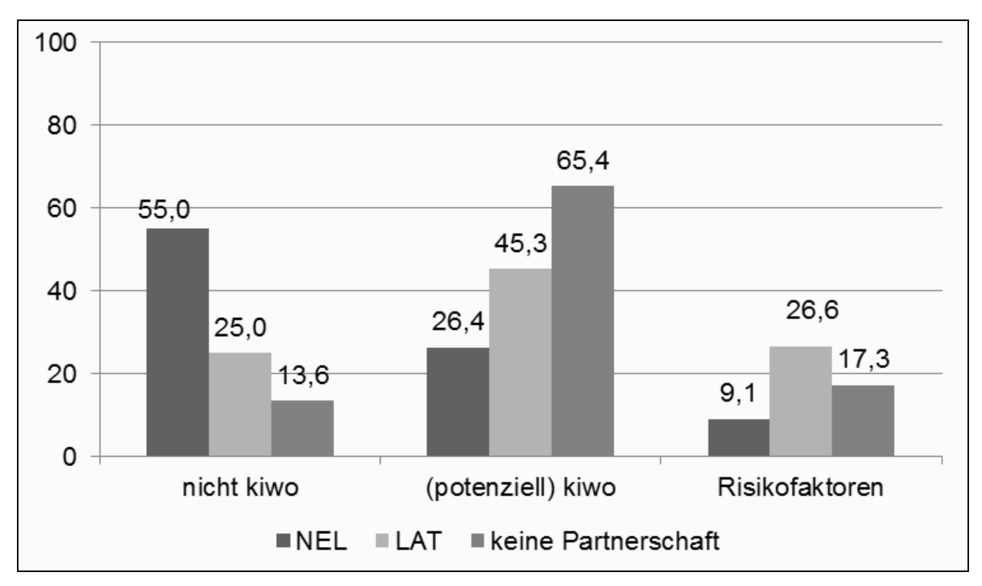


Abbildung 13: Partnerschaftssituation bei Geburt des Kindes und kindeswohlrelevante Gründe gegen das gemeinsame Sorgerecht in Prozent (aus Langmeyer/Walper, 2012d)

Analysiert man die kindeswohlrelevanten Gründe geschlechtsspezifisch (Abbildung 14), so finden sich nur sehr wenige Väter, die *Risikofaktoren für das Kindeswohl* als Grund gegen die gemeinsame Sorge angeben (n = 7; 6,5 %). Unter den teilnehmenden Müttern geben insgesamt immerhin 46 % Risikofaktoren für das Kindeswohl als Grund gegen die gemeinsame Sorge mit dem Vater an. Dies gilt erwartungsgemäß mit nur 12,8 % seltener für jene Mütter, die bei Geburt des Kindes mit dem Vater in einer nichtehelichen Lebensgemeinschaft zusammengelebt haben. Bei den Müttern, die bei Geburt des Kindes in einer LAT-Beziehung zum Vater standen, sind dies hingegen 22,9 % und bei den Müttern, die bei Geburt des Kindes keine Partnerschaft mit dem anderen Elternteil hatten, 19,4 %.

Nicht kindeswohlrelevante Gründe gegen die gemeinsame Sorge geben 72,2 % der Väter an, die bei Geburt des Kindes unverheiratet mit der Mutter zusammengelebt haben (NEL), aber nur 30,8 % derer, die in einer LAT-Beziehung zur Mutter standen. Von letzteren haben ebenso viele auch *potenziell kindeswohlrelevante Probleme in der Elternbeziehung* ((potenziell) kiwo) gegen die gemeinsame Sorge angeführt. Interessanterweise ist unter den Müttern der LAT-Gruppe der Anteil derjenigen, die *potenziell kindeswohlrelevante Probleme in der Elternbeziehung* hatten, mit 50,0 % um einiges größer als unter den Vätern; umgekehrt fällt dann die Gruppe derer, die in einer nichtehelichen Partnerschaft gelebt haben und

nicht kindeswohlrelevante Gründe gegen die gemeinsame Sorge hatten, unter den Müttern geringer aus (46,2 %) als unter den Vätern (72,2 %).

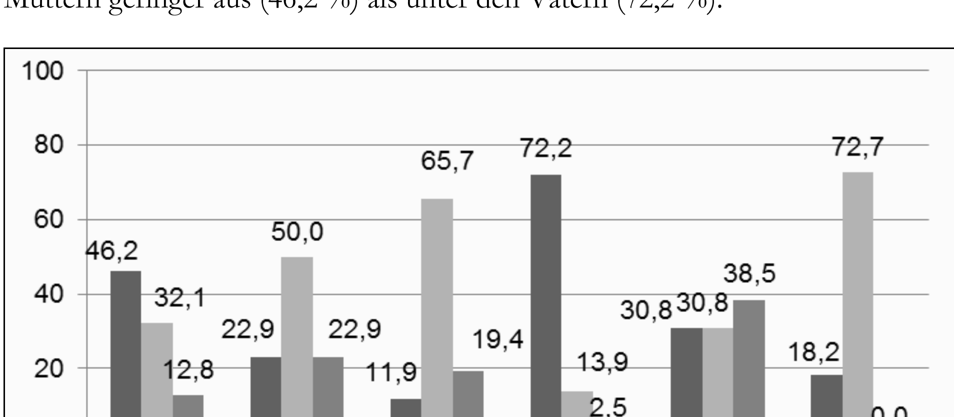


Abbildung 14: Partnerschaftssituation bei Geburt des Kindes und kindeswohlrelevante Gründe gegen das gemeinsame Sorgerecht nach Geschlecht in Prozent (aus Langmeyer/Walper, 2012d)

g) Konflikte um das Sorgerecht

Mit 90,1 % gibt die überwiegende Mehrheit der Befragten an, keine Konflikte bezüglich des Sorgerechts mit dem anderen Elternteil zu haben. 9,9 % hingegen haben Konflikte und Auseinandersetzungen, wobei die hier befragten Mütter mehr von Sorgerechtskonflikten berichten (11,3 %) als befragte Väter (7,4 %). In 7,7 % der Fälle entstehen Konflikte, weil ein Elternteil die gemeinsame Sorge will, der andere Elternteil jedoch nicht und bei 2,3 % gibt es andere Gründe für Konflikte um das Sorgerecht. Dies sind in den meisten Fällen Konflikte, die darauf beruhen, dass die Frau das alleinige Sorgerecht zurückhaben möchte. Aber auch andere Gründe werden angeführt, wie z. B. die Ausübung des gemeinsamen Sorgerechts: Hier werden Konflikte über die Erziehung oder den Kindergarten genannt oder Konflikte über die Betreuung nach der Trennung. Das Thema Trennung wird ebenso als anderer Konflikt aufgeführt. Wenn Konflikte dadurch entstanden, dass einer der beiden Elternteile das gemeinsame Sorgerecht wollte, der andere damit aber nicht einverstanden war, waren es mehrheitlich die Männer, die das gemeinsame Sorgerecht beanspruchten. Nach Angabe der Frauen wie auch der Männer machen einseitige Sorge-

rechtsbemühungen der Väter 72,6 % aller Konflikte um das Sorgerecht aus. Überprüft man auch hier die aktuelle Partnerschaftssituation, so findet man die meisten Konflikte bezüglich des Sorgerechts in der Gruppe getrennter Eltern (27,1 %) und bei Eltern, die nie eine gemeinsame Partnerschaft hatten (23,7 %). 77,8 % aller Konflikte um das Sorgerecht treten in den letztgenannten beiden Gruppen auf.

3. Befunde der standardisierten Intensivbefragung von Eltern nichtehelich geborener Kinder

a) Wissen zum gemeinsamen Sorgerecht

In der standardisierten Intensivbefragung, in welcher 400 Elternteile, darunter 85 Paare, befragt wurden, war es zunächst ein Anliegen zu erkunden, inwieweit die Eltern über die Regelungen zum gemeinsamen Sorgerecht informiert sind. Hierzu wurde eine Liste von zehn Entscheidungen – das Kind betreffend – verwendet, bei der jeweils zwischen den Alternativen „muss gemeinsam abgesprochen werden" und „kann alleine entschieden werden" auszuwählen war. Es zeigte sich, dass nur 2,6 % der Befragten in allen zehn Bereichen richtig geantwortet haben; es gibt aber auch nur wenige Personen (0,4 %), die höchstens vier richtige Angaben gemacht haben. Rund ein Fünftel der Eltern (21,8 %) hat die Hälfte aller Fragen richtig beantwortet (fünf richtige Antworten). Am häufigsten haben die Eltern sieben richtige Antworten geben (26,3 %). Die meisten Fehler finden sich bei jenen Entscheidungen, die alleine getroffen werden können, d.h. die Eltern überschätzen den Bereich dessen, was gemeinsam geregelt werden muss. Hierbei waren die schwierigsten Items „Urlaubsreisen mit dem Kind innerhalb Europas" und „übliche Impfungen, wie z. B. Masern, Tetanus oder Kinderlähmung". Diese wurden nur von 39,4 % beziehungsweise 39,7 % der Teilnehmer richtig gelöst (d. h. in den eigenen Entscheidungsbereich eingeordnet). Leichter waren hingegen die Items „Medizinische Behandlungen mit erheblichem Risiko und Gefahr von Nebenwirkungen" und „Wahl der Schulart und der Schule". Hier schätzten 96,0 % beziehungsweise 92,4 % der Befragten richtig ein, dass dies gemeinsam abgesprochen werden müsse.

Hinsichtlich der Schulbildung gibt es nur einen sehr geringen Zusammenhang mit dem Wissen um das Sorgerecht. Dafür, wie gut die Teilnehmer/innen im Sorgerechtswissen abschneiden, ist auch nicht von Bedeutung, ob die Eltern übereinstimmende Sorgeerklärungen abgegeben haben, ob sie aus Ost- oder Westdeutschland oder ob sie aus einem städtischen oder ländlichen Gebiet stammen.

b) Coparenting in der Erziehung und Bereitschaft zur Abgabe von Sorgeerklärungen

Aus juristischer Perspektive ist das elterliche Coparenting besonders interessant, da es darüber informiert, wie gut Eltern kooperieren, mithin, wie reibungsfrei und gemeinschaftlich sich die Ausgestaltung „gemeinsamer Sorge in der Praxis“ (jenseits der juristischen Regelung) vollzieht. Fünf zentrale Aspekte des elterlichen Coparenting lassen sich hierbei unterscheiden, nämlich die Kooperation der Eltern in Erziehungsfragen, das Ausmaß an Differenzen in der Erziehung, die Häufigkeit von Konflikten zwischen den Eltern, Triangulation – also die Involvierung der Kinder in Auseinandersetzungen zwischen den Eltern – und Untergrabung von erzieherischen Vorgaben des anderen Elternteils. Vergleicht man nun diese Aspekte des Coparenting für Eltern mit gemeinsamem Sorgerecht, Eltern, die aus nicht kindeswohlrelevanten Gründen auf das gemeinsame Sorgerecht verzichtet haben, und Eltern, die dies aus (potenziell) kindeswohlrelevanten Gründen getan haben, so ergeben sich in allen Bereichen signifikante Gruppenunterschiede. Wie Abbildung 15[5] zeigt, ist das Coparenting zwar in allen drei Gruppen generell gut, aber in allen fünf Skalen des Coparenting haben Eltern, die aus (potenziell) kindeswohlrelevanten Gründen keine Sorgeerklärungen abgegeben haben, ungünstigere Werte als die beiden anderen Gruppen (mit gemeinsamem Sorgerecht oder ohne gemeinsames Sorgerecht aus nicht kindeswohlrelevanten Gründen): Sie kooperieren signifikant schlechter in der Erziehung, haben wesentlich mehr Differenzen und Konflikte in der Erziehung, und im Mittel zeigt der andere Elternteil mehr Triangulations- und Untergrabungsverhalten als bei Eltern, die über das gemeinsame Sorgerecht verfügen oder die Abgabe gemeinsamer Sorgeerklärungen aus nicht kindeswohlrelevanten Gründen versäumt haben. Die beiden letzteren Gruppen unterscheiden sich nicht signifikant voneinander.

Da beide Angaben zum selben Zeitpunkt erfasst wurden, kann man keine kausalen Schlüsse aus den Ergebnissen ziehen. Es ist also nicht klar, ob Eltern die gemeinsame Sorge erklärt haben, weil sie in der Erziehung gut kooperieren oder ob sie gut kooperieren, weil sie über das gemeinsame Sorgerecht verfügen; es könnte auch ein dritter Faktor für den Zusammenhang ausschlaggebend sein. Da jedoch auch die Gründe für den Verzicht auf die gemeinsame Sorge ins Gewicht fallen, und die Entscheidung über die Begründung der gemeinsamen Sorge schon früh, und zwar im zeitlichen Kontext der Geburt des Kindes gefällt wird, liegt es nahe, dass beizeiten erkennbare Probleme der Eltern auch die spätere elterliche Kooperation überschatten.

[5] Die Eltern bewerteten die entsprechenden Aussagen mit einem Antwortformat von 1 = „trifft überhaupt nicht zu“ bis 5 = „trifft voll und ganz zu“.

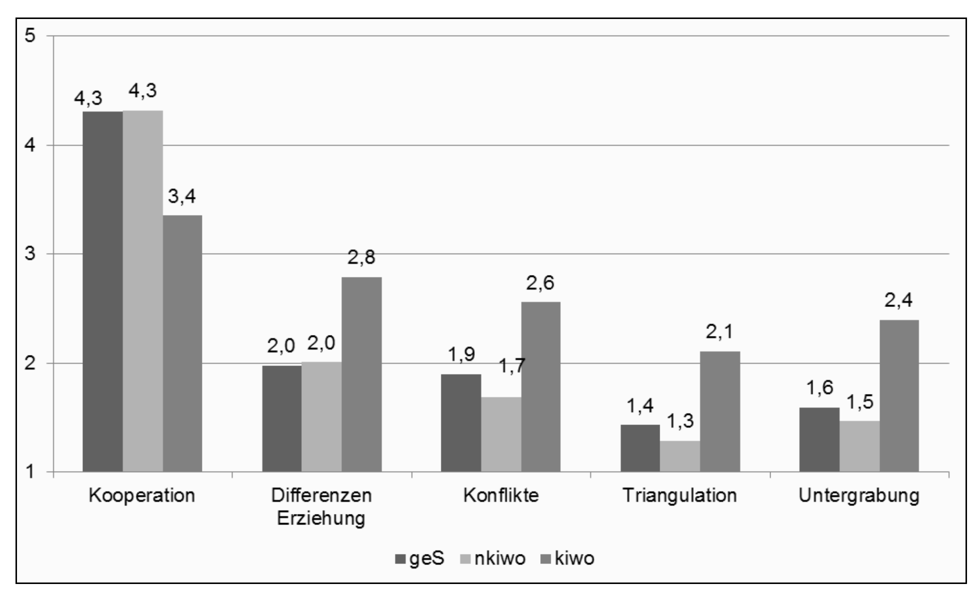


Abbildung 15: Coparenting und Bereitschaft zur Abgabe übereinstimmender Sorgeerklärungen (aus Langmeyer/Walper, 2012c)

Auch wenn man nur diejenigen Eltern betrachtet, die bei Geburt des Kindes mit dem anderen Elternteil zusammengelebt haben (NEL), bestätigt sich der Zusammenhang des elterlichen Coparenting mit der Bereitschaft zur Abgabe übereinstimmender Sorgeerklärungen, und zwar für alle o.g. Bereiche des Coparenting: Wer aus potenziell kindeswohlrelevanten Gründen auf die gemeinsame Sorge verzichtet hat, berichtet die größten Probleme im Coparenting. Selbst wenn man nur die stabilen Lebensgemeinschaften bis zum Befragungszeitpunkt als Basis für die Analyse benutzt, ergeben sich entsprechende Zusammenhänge zwischen der Bereitschaft zur Begründung der gemeinsamen Sorge und Coparenting.

IV. Fazit

Die Befunde unserer Befragungen bestätigen den Trend zu einem steigenden Anteil übereinstimmender Sorgeerklärungen unter Eltern, die bei Geburt ihres Kindes nicht miteinander verheiratet sind. Mit insgesamt 62 % gemeinsamen Sorgeerklärungen unter den hier befragten Eltern liegt die Quote der Sorgeerklärungen in unserer Befragungsgruppe sogar über dem Bundesdurchschnitt laut amtlicher Statistik. Hierbei zeigt sich, dass höher Gebildete und Bewohner von städtischen Gebieten mit höherer Wahrscheinlichkeit übereinstimmende Sorgeerklärungen für ihr Kind abgeben als Eltern mit niedrigerer Bildung und Eltern in ländlichen Gebieten. Vor allem jedoch wird dieser Schritt von der

Partnerschaftssituation abhängig gemacht: *Sorgeerklärungen sind wahrscheinlicher*, wenn die Partnerschaft schon länger Bestand hat, die Eltern in einem gemeinsamen Haushalt zusammenleben, die Eltern sich selbst und den anderen Elternteil als gewissenhaft einschätzen und der andere Elternteil als verträglich und mit wenig Problemverhalten belastet erlebt wird (Langmeyer/Walper, 2012c).

Hierbei erfolgt die Sorgeerklärung in enger zeitlicher Nähe zur Geburt des Kindes und wird von den Eltern vielfach – so die Befunde der qualitativen Befragungen – als „Akt der Familiengründung“ wahrgenommen. Der Beratung durch das Jugendamt kommt eine erstaunlich nachrangige Bedeutung zu: Nur rund die Hälfte der Eltern sucht *Beratung* zur Erklärung der gemeinsamen Sorge. Überwiegend scheinen dies Eltern zu sein, die ohnehin einer Begründung der gemeinsamen Sorge positiv gegenüber stehen. Entsprechend wird bei Verzicht auf eine Beratung auch seltener die gemeinsame Sorge begründet. Am ehesten verzichten später getrennte Paare und LAT-Paare auf Beratung.

Legt man die Partnerschaftssituation der Eltern bei Geburt des Kindes zugrunde, so erweisen sich NEL im Vergleich zu LAT-Beziehungen als stabiler und tragfähiger. Auch später sind die Eltern mit ihrer Partnerschaft zufriedener und es gelingt ihnen häufiger, eine positive Zusammenarbeit in der Erziehung zu etablieren.

Interessanterweise erweist sich eine später geplante Heirat nicht als Alternative zur Begründung der gemeinsamen Sorge durch entsprechende übereinstimmende Erklärungen. Im Gegenteil wird das gemeinsame Sorgerecht besonders häufig von später verheirateten Paaren begründet. Dies spricht dafür, dass sich diese Paare eher in doppelter Hinsicht absichern wollen und auch für die Zeit bis zur Heirat ihre gemeinsame Fürsorge für das Kind juristisch bestätigen.

Betrachtet man die Gründe, die Eltern gegen die gemeinsame Sorge anführen, so findet sich ein hoher Anteil nicht kindeswohlrelevanter Gründe. Immerhin rund 40 % der Eltern nennen ausschließlich Gründe, die nicht kindeswohlrelevant sind. Gravierende Risikofaktoren für das Kindeswohl spielen eine deutlich untergeordnete Rolle, während potenziell kindeswohlrelevante Gründe, die vor allem in Problemen der Partnerschaft liegen, vergleichsweise häufig angeführt werden. (Potenziell) kindeswohlrelevante Gründe werden seltener von Eltern angeführt, die bei Geburt des Kindes in einer nichtehelichen Lebensgemeinschaft (NEL) mit dem anderen Elternteil lebten, häufiger von Eltern in LAT-Beziehungen und am häufigsten von Eltern, die keine Partnerschaft mit dem anderen Elternteil hatten.

Insgesamt legen die Befunde nahe, dass Kinder, die in NEL-Partnerschaften geboren werden, eine höhere Chance haben, gemeinsam von beiden Eltern betreut zu werden, mit weniger Partnerschaftsproblemen der Eltern konfrontiert zu werden und eher eine Heirat der Eltern zu erleben. In solchen NEL-Partnerschaften wird entsprechend auch häufiger die gemeinsame Sorge begründet. Allerdings unterlassen es auch einige dieser Eltern, sich für die gemeinsame Sorge zu entscheiden. Da dies weit überwiegend in solchen NEL-Konstellationen aus nicht-kindeswohlrelevanten Gründen geschieht – etwa wegen Bedenken hinsichtlich der „Bürokratie" oder aufgrund der Vorstellung, dies sei unwichtig – wäre zumindest eine aktivere Bewerbung des gemeinsamen Sorgerechts angezeigt, wenn nicht sogar eine generelle Regelung des gemeinsamen Sorgerechts für nicht miteinander verheiratete Eltern, die in Haushaltsgemeinschaft miteinander leben.

Literatur

Grusec (2011), Human Development: Development in the Family, Annual review of Psychology, 62(1), S. 243–269.

Jurczyk/Walper (Hrsg.) (2012), Gemeinsames Sorgerecht nicht miteinander verheirateter Eltern, Wiesbaden: VS Verlag für Sozialwissenschaften.

Kapella/Rille-Pfeiffer/Rupp/Schneider (2009), Die Vielfalt der Familie, Opladen: Barbara Budrich.

Langmeyer (2012), Sorgerecht, (Co)parenting und Kindeswohl in nichtehelichen Lebensgemeinschaften, München: Unveröffentlichte Dissertation.

Langmeyer/Walper (in press-a), Auswertung der amtlichen Statistik zur Abgabe von Sorgeerklärungen nicht miteinander verheirateter Eltern, in: Jurczyk/Walper (Hrsg.), Gemeinsames Sorgerecht nicht miteinander verheirateter Eltern, Wiesbaden: VS Verlag für Sozialwissenschaften.

Langmeyer/Walper (2012b), Einleitung: Zur Entwicklung nichtehelicher Geburten in Deutschland, in: Jurczyk/Walper (Hrsg.), Gemeinsames Sorgerecht nicht miteinander verheirateter Eltern, Wiesbaden: VS Verlag für Sozialwissenschaften, S. 21-26.

Langmeyer/Walper (2012c), Standardisierte Intensivbefragung von Eltern nichtehelich geborener Kinder, in: Jurczyk/Walper (Hrsg.), Gemeinsames Sorgerecht nicht miteinander verheirateter Eltern, Wiesbaden: VS Verlag für Sozialwissenschaften, S. 187-246.

Langmeyer/Walper (2012d), Standardisierte Kurzbefragung von Eltern nichtehelich geborener Kinder, in: Jurczyk/Walper (Hrsg.), Gemeinsames Sorgerecht nicht miteinander verheirateter Eltern, Wiesbaden: VS Verlag für Sozialwissenschaften, S. 123-186.

Peuckert (2008), Familienformen im sozialen Wandel, 7. völlständig überarbeitete Auflage. Wiesbaden: VS Verlag für Sozialwissenschaften.

Schmidt/Eschelbach/Meysen (2012), Sorgerechtslage bei nichtehelichen Geburten: Die Rechtslage in Deutschland, in: Jurczyk/Walper (Hrsg.), Gemeinsames Sorgerecht nicht miteinander verheirateter Eltern, Wiesbaden: VS Verlag für Sozialwissenschaften, S. 27-32.

Schneewind (2010), Familienpsychologie, 3. überarbeitete und erweiterte Auflage, Stuttgart: Kohlhammer.

Statistisches Bundesamt Deutschland (2011), Ledige Kinder in Familien: Früheres Bundesgebiet/Neue Länder Jahre, Familienformen. Verfügbar unter: https://www-genesis.destatis.de/genesis/online/data [10.05. 2011].

Auswirkungen der Sorge nicht miteinander verheirateter Eltern auf das Adoptionsrecht

Thomas Meyer

I. Einführung

Sind die Eltern eines Kindes bei dessen Geburt nicht miteinander verheiratet, so konnte der Vater des Kindes die elterliche (Mit-)Sorge bisher nicht gegen den Willen der Mutter bekommen, § 1626a BGB. Die fehlende Zustimmung der Mutter konnte auch nicht durch ein Gericht ersetzt werden. Diese Rechtslage haben sowohl der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte am 3. Dezember 2009 – Entscheidung „Zaunegger“[1] – als auch das Bundesverfassungsgericht in seiner Entscheidung vom 21. Juli 2010[2] beanstandet. Eine gesetzliche Neuregelung der gemeinsamen Sorge nicht miteinander verheirateter Eltern ist daher – unabhängig von der Übergangsregelung des Bundesverfassungsgerichts – erforderlich.

---

[1] EGMR Urt. v. 3.12.2009 – Nr. 22028/04 (Zaunegger/Deutschland), FamRZ 2010, S. 103-107.
[2] BVerfGE 127, 132-165.

Lösungsmodelle für die gemeinsame Sorge nicht miteinander verheirateter Eltern

Eine politische Entscheidung, welches gesetzliche Modell für die Begründung der gemeinsamen Sorge gewählt werden soll, ist bislang nicht gefallen. Derzeit werden – bei feststehender Vaterschaft – hauptsächlich folgende Lösungsmodelle diskutiert:

Große Lösung: Den Eltern steht die gemeinsame Sorge automatisch zu, sobald der Vater feststeht.[3] Diese Lösung entspricht im Wesentlichen auch dem Vorschlag der *Kinderrechtekommission* des Deutschen Familiengerichtstags,[4] die allerdings eine gesonderte Sorgeerklärung des Vaters voraussetzt und der Mutter die Möglichkeit offenhält, die gemeinsame Sorge durch einen entsprechenden Antrag beim Familiengericht wieder zu beseitigen. Nach dem derzeitigen Stand der politischen Diskussion ist es eher unwahrscheinlich, dass sich der Gesetzgeber auf diese Lösung festlegen wird.

Kleine Lösung: Der Vater muss die gemeinsame Sorge beim Familiengericht beantragen (Antragsmodell).[5] Diese Lösung entspricht im Wesentlichen der

---

[3] *Willutzki*, Elterliche Sorge nicht miteinander verheirateter Eltern, Das Urteil des EuGHMR und seine Konsequenzen für den deutschen Gesetzgeber, ZKJ 2010, S. 86; *Löhnig*, Konsequenzen aus der Entscheidung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte zum Sorgerecht des nicht mit der Kindesmutter verheirateten Vaters, FamRZ 2010, S. 338; *Rimkus*, Mehr Rechte für Väter: Auswirkungen der Entscheidung des EGMR zum Recht der elterlichen Sorge für nichteheliche Kinder, ZFE 2010, S. 204; *Zimmermann*, Das Sorgerecht des Vaters für sein nichteheliches Kind, FamFR 2010, S. 413; *Holldorf*, Sorgerecht nicht miteinander verheirateter Eltern, Wie revolutionär ist der Beschluss des BVerfG vom 21.07.2010?, ZKJ 2011, S. 26; *Mandla*, Von Straßburg und der Wirklichkeit gedrängt – das BVerfG hat sich nach sieben Jahren ein bisschen korrigiert, Anmerkung zum Beschluss des BVerfG vom 21. Juli 2010 – 1 BvR 420/09, JR 2011, S. 185.

[4] *Kinderrechtekommission des Deutschen Familiengerichtstags*, Stellungnahme zur aktuellen Reformdiskussion "Sorgerecht nicht miteinander verheirateter Eltern" (22. Februar 2011), ZKJ 2011, S. 130 ff.

[5] Vgl. *Lambrecht*, Neuregelung der Sorge für nicht verheiratete Eltern, DRiZ 2010, S. 318; *Hohmann-Dennhardt*, Eltern-Recht(s)-Ansichten – Die Entscheidungen des BVerfG und des EGMR zur gemeinsamen Sorge nicht miteinander verheirateter Eltern für ihr Kind, FF 2011, S. 181; *Huber/Möll*, Die elterliche Sorge nicht miteinander verheirateter Eltern, FamRZ 2011, S. 765; *Fink*, Die Reform des Sorgerechts für nichteheliche Kinder aus verfassungsrechtlicher und rechtsvergleichender Perspektive, ZKJ 2011, S. 154; *Rakete-Dombek*, Tatsächliche gemeinsame Elternverantwortung – nichts für extrovertierte Charaktere?, FF 2011, S. 1; *Peschel-Gutzeit*, Gemeinsame elterliche Sorge bei nicht Verheirateten, FF 2011, S. 105; dem Grunde nach *von Renesse*, Gleichstellung für Vater und Mutter?, ZKJ 2011, S. 353; *Nake*, Das Recht der gemeinsamen Verantwortung für nicht miteinander verheiratete Eltern - Vorschläge zur Gesetzesfassung, djbZ 2011, S. 101.

Übergangsregelung des Bundesverfassungsgerichts im Beschluss vom 21. Juli 2010.[6]

Mischformen zwischen „großer" und „kleiner" Lösung:

Widerspruchsmodell: Die gemeinsame Sorge entsteht mit der Sorgeerklärung des Vaters. Sie entfällt, wenn die Mutter widerspricht, nach dem einen Modell automatisch mit dem Widerspruch, nach dem anderen erst dann, wenn das Familiengericht die gemeinsame Sorge wieder beseitigt.[7]

Kompromissvorschlag des BMJ: Die gemeinsame Sorge entsteht nach Sorgeerklärung des Vaters, wenn die Mutter nicht binnen acht Wochen widerspricht. Nach einem Widerspruch kann der Vater zur Erlangung der Mitsorge einen Antrag beim Familiengericht stellen.[8]

Es erschließt sich nicht auf den ersten Blick, welche Auswirkungen eine Neuregelung der gemeinsamen elterlichen Sorge auf das Adoptionsrecht hat. Dennoch ziehen Änderungen bei der gemeinsamen elterlichen Sorge Änderungsbedarf im Adoptionsrecht nach sich, weil die Befugnis zur Einwilligung in eine Adoption mit dem Sorgerecht verknüpft ist.

II. Ausgangspunkt: Eine Einwilligung der Eltern in die Adoption ist grundsätzlich notwendig

Die *Eltern* müssen in die Adoption ihres Kindes *einwilligen*, § 1747 Abs. 1 S. 1 BGB. Die Notwendigkeit elterlicher Einwilligung besteht dabei *unabhängig vom Sorgerecht der Eltern.* Auch die Einwilligung von Eltern, denen nach § 1666 BGB die elterliche Sorge entzogen wurde, in die Adoption ihrer Kinder ist notwendig und muss, falls sie verweigert wird, nach § 1748 BGB ersetzt werden.

---

[6] BVerfGE 127, 132-165.

[7] Kritisch dazu *Peschel-Gutzeit*, Die Sorgerechtsstellung des nicht mit der Mutter des Kindes verheirateten Vaters, NJW 2010, S. 2990; *Huber/Möll*, Die elterliche Sorge nicht miteinander verheirateter Eltern, FamRZ 2011, S. 765; *Nake*, Das Recht der gemeinsamen Verantwortung für nicht miteinander verheiratete Eltern - Vorschläge zur Gesetzesfassung, djbZ 2011, S. 101.

[8] Vgl. www.bmj.bund.de > Recht >Bürgerliches Recht>Kindschaftsrecht >Sorgerechtsreform>Kompromissvorschlag der Bundesjustizministerin.

Bei der gesetzlichen Regelung der Einwilligung hat der Gesetzgeber unterschiedliche Interessen zu berücksichtigen.

Im Vordergrund stehen die Interessen des Kindes:

Für das Kind ist es wichtig, dass die grundsätzliche Entscheidung für oder gegen eine Adoption möglichst frühzeitig getroffen wird. Kinder binden sich frühzeitig an ihre Bezugspersonen und es ist für ihre Entwicklung wichtig, dass diese Bezugspersonen nicht zu häufig wechseln.

Bei der Mutter gibt es unterschiedliche Interessenlagen: Bei einer Adoption durch Fremde ist auch im Interesse der Mutter eine frühzeitige Entscheidung wichtig. Bei der Stiefkindadoption durch einen Ehegatten oder Lebenspartner soll es dagegen keine Störung durch den Vater des Kindes geben.

Noch differenzierter ist die Situation für den Vater: Bei einer Fremdadoption geht es ihm häufig um die schnelle Entbindung von seinen väterlichen Pflichten, insbesondere der Unterhaltspflicht. Andererseits kann es ihm um die Wahrung eigener Elternrechte gehen; insbesondere wenn die Mutter das Kind gegen seinen Willen zur Fremdadoption freigegeben oder durch ihren neuen Partner adoptieren lassen will. Möchte der Vater das Kind seinerseits durch seine Ehefrau oder seinen Lebenspartner adoptieren lassen, soll es auch hier keine Störung oder Verzögerung der Adoption durch die Mutter geben.

Leider ist die Frage, wer die einwilligungsbefugten Eltern sind, keinesfalls trivial. Relativ leicht zu beantworten ist die Frage nur für die Mutter. Mutter ist nach unserer Rechtsordnung die Frau, die das Kind geboren hat, § 1591 BGB.

Für den Vater stellt sich die Lage komplizierter dar:

Vater ist zunächst der Ehemann der Mutter, § 1592 Nr. 1 BGB. Das gilt nach Maßgabe des § 1593 BGB auch, wenn der Ehemann im Zeitpunkt der Geburt des Kindes schon verstorben sein sollte.

Vater ist weiter nach § 1592 Nr. 2 BGB derjenige, der die Vaterschaft mit Zustimmung der Mutter (§ 1595 Abs. 1 BGB) anerkannt hat.

Weiter ist nach § 1592 Nr. 3 BGB Vater derjenige, dessen Vaterschaft nach § 1600d BGB oder § 182 Abs. 1 FamFG gerichtlich festgestellt wurde.

Für das Adoptionsrecht findet sich zusätzlich eine Sonderregelung in § 1747 Abs. 1 S. 2 BGB: Vater ist auch derjenige, der, wenn kein anderer Mann als Vater feststeht, glaubhaft macht, der Mutter während der Empfängniszeit beigewohnt zu haben, § 1600d Abs. 2 S. 1 BGB. Mit dieser Sonderregelung sollen einerseits die Rechte des noch nicht feststehenden Vaters gewahrt werden, andererseits soll im Interesse einer schnellen Entscheidung das Adoptionsverfahren nicht ausgesetzt werden bis ein Vaterschaftsfeststellungsverfahren entschieden ist. Deshalb ist es auch nicht Voraussetzung für die Geltendmachung dieser Vaterschaftsvermutung, dass der Prätendent bereits eine Vaterschaftsfeststellungsklage erhoben hat.

Gleichzeitig führt die Regelung dazu, dass sie von einem Samenspender nicht genutzt werden kann. Er kann die Beiwohnung nicht glaubhaft machen und gilt deshalb nicht als Vater im Sinne von § 1747 Abs. 1 S. 2 BGB. Die Rechtslage entspricht insofern der Anfechtungsberechtigung in § 1600 Abs. 1 Nr. 2 BGB: Der Samenspender kann die rechtliche Vaterschaft eines anderen Mannes nicht anfechten. Zwar wird ein anonymer Samenspender regelmäßig kein Interesse an der Feststellung seiner Vaterschaft haben, die Problematik gewinnt aber durch die eingetragene Lebenspartnerschaft an Bedeutung. Lebenspartnerinnen, die eigene Kinder haben wollen, nutzen häufig die Möglichkeiten der Samenspende. Da die Vermutung des § 1592 Nr. 1 BGB für Lebenspartnerinnen nicht gilt, ist anschließend eine Stiefkindadoption notwendig. In dieser Konstellation ist es durchaus vorgekommen, dass der Samenspender eine rechtliche Beziehung zu dem von ihm gezeugten Kind wünscht und deshalb einer Stiefkindadoption durch die Lebenspartnerin widersprechen möchte.

Läuft bereits ein Verfahren zur Anfechtung der unrichtigen Vaterschaft nach § 1600 BGB oder ein Vaterschaftsfeststellungsverfahren, so ist das Annahmeverfahren bis zur Entscheidung über die Vaterschaft auszusetzen.

III. Entfallen der Einwilligung

Eine Einwilligung ist nicht erforderlich, wenn ein Elternteil unbekannt ist. Neben dem Findelkind oder dem in einer Babyklappe abgegebenen Kind liegt dieser Fall insbesondere vor, wenn die Mutter den Namen des Vaters nicht angibt. Dabei ist es unerheblich, ob sie den Namen verschweigt, weil sie ihn selbst nicht kennt oder weil sie den Namen nicht preisgeben will.

Eine Einwilligung ist weiterhin nicht erforderlich, wenn ein Elternteil – insbesondere wegen Geschäftsunfähigkeit – dauerhaft außer Stande ist, eine Erklä-

rung abzugeben oder sein Aufenthalt dauernd unbekannt ist (§ 1747 Abs. 4 BGB). Die Praxis hält einen Zeitraum von sechs Monaten für ausreichend, um von einem dauernd unbekannten Aufenthalt auszugehen.

IV. Adoptionsrechtliche Sonderregelungen für die notwendige Einwilligung, § 1747 Abs. 3 BGB

Wenn die Eltern des zu adoptierenden Kindes nicht miteinander verheiratet sind und keine Sorgeerklärungen abgegeben haben, also keine gemeinsame Sorge besteht, gibt es nach dem geschriebenen Recht Sonderregelungen für die Einwilligung des Vaters in die Adoption.

1. Pränatale Einwilligung, § 1747 Abs. 3 Nr. 1 BGB

Nach § 1747 Abs. 3 Nr. 1 BGB ist eine pränatale Einwilligung des Vaters in eine Adoption möglich; die Acht-Wochen-Frist für die Einwilligung nach der Geburt des Kindes (§ 1747 Abs. 2 S. 1 BGB) gilt nicht.

2. Verzicht auf die Sorgerechtsübertragung, § 1747 Abs. 3 Nr. 3 BGB

Nach § 1747 Abs. 3 Nr. 3 BGB kann der Vater unwiderruflich auf eine Sorgerechtsübertragung nach § 1672 Abs. 1 BGB verzichten. Der Verzicht soll das Annahmeverfahren erleichtern und beschleunigen und ist für den Fall gedacht, dass der Vater zwar einerseits nicht bereit ist, in die Annahme einzuwilligen, andererseits aber auch keinen Antrag auf Sorgerechtsübertragung stellen will.[9]

Bei der gebotenen Neuregelung der gemeinsamen elterlichen Sorge nicht miteinander verheirateter Eltern besteht im Hinblick auf § 1747 Abs. 3 Nr. 3 BGB folgender Änderungsbedarf:

Wählt der Gesetzgeber ein *Antragsmodell*, müsste in die Norm ein Verzicht des Vaters, den Antrag auf Mitsorge zu stellen, eingefügt werden.

Bei einem *Widerspruchsmodell* oder dem *Kompromissvorschlag des BMJ* müsste der Verzicht des Vaters auf Abgabe einer Sorgeerklärung in die Vorschrift aufgenommen werden.

[9] Vgl. Staudinger/*Frank*, Bearb. 2007, § 1747 BGB, Rn. 42 mit weiteren Hinweisen.

3. Annahmesperre, § 1747 Abs. 3 Nr. 2 BGB

Nach § 1747 Abs. 3 Nr. 2 BGB besteht eine *Annahmesperre*, bis über einen Antrag des Vaters auf Übertragung der Alleinsorge/Alleinteilsorge nach § 1672 Abs. 1 BGB entschieden wurde. Bevor das Kind in die Familie von Dritten eingegliedert wird, ist vorrangig zu prüfen, ob nicht der zur Übernahme der Sorge bereite Vater geeignet ist, seine Rechte und Pflichten gegenüber dem Kind auszuüben. Den Antrag nach § 1672 Abs. 1 BGB kann der Vater nach geschriebenem Recht nur mit Zustimmung der Mutter stellen. Die Zustimmung der Mutter ist allerdings dann nicht erforderlich, wenn sie selbst das Kind zur Adoption freigegeben hat, § 1751 Abs. 1 S. 5 BGB. Eine Gegenausnahme besteht bei der Stiefkindadoption, § 1751 Abs. 2 BGB.

Nach Neuregelung der gemeinsamen elterlichen Sorge nicht miteinander verheirateter Eltern durch den Gesetzgeber ist eine zusätzliche Annahmesperre erforderlich:

Bei einem *Antragsmodell* wäre eine Annahmesperre erforderlich, bis über den Antrag des Vaters auf Mitsorge entschieden ist.

Bei einem *Widerspruchsmodell* ist keine Annahmesperre erforderlich, denn der Vater hat die Mitsorge jedenfalls gehabt und die erleichterte Ersetzung der Einwilligung nach § 1748 Abs. 4 BGB greift nicht. Dabei kommt es nicht darauf an, ob die gemeinsame elterliche Sorge allein wegen des Widerspruchs der Mutter oder nach dem Widerspruch der Mutter erst durch eine gerichtliche Entscheidung wieder entfallen ist.

Bei dem *Kompromissmodell* wäre eine Annahmesperre nach der väterlichen Sorgeerklärung bis zum Ablauf der Widerspruchsfrist und nach dem Widerspruch der Mutter bei einem entsprechenden Antrag des Vaters erforderlich.

V. Ersetzung der Einwilligung, § 1748 BGB

Auch die Einwilligung von Eltern, denen wegen schweren elterlichen Versagens die elterliche Sorge nach § 1666 BGB entzogen wurde, in die Adoption ist erforderlich. Im Interesse des Kindeswohls kann diese Einwilligung durch das Gericht ersetzt werden. Eine im Kindesinteresse notwendige Adoption soll nicht durch leibliche Eltern verhindert werden können, die zum Beispiel aus Desinteresse am Kind oder Verärgerung über einen Sorgerechtsentzug keine Erklärung abgeben. Die Einzelheiten sind in § 1748 BGB geregelt.

Absatz 1 der Vorschrift regelt die Ersetzung der Einwilligung bei Eltern, die ihre Pflichten gegenüber dem Kind verletzt haben. Für die Ersetzung ist erforderlich:

- eine anhaltende gröbliche Pflichtverletzung, Gleichgültigkeit oder besonders schwere auch einmalige Pflichtverletzung und
- ein unverhältnismäßiger Nachteil für das Kind.

Absatz 3 der Vorschrift knüpft nicht an das zurechenbare Verhalten des einwilligungsberechtigten Elternteils, sondern an objektive Gründe an. Nach Absatz 3 müssen für die Ersetzung der Einwilligung in die Adoption vorliegen:

- eine besonders schwere psychische Krankheit/Behinderung des Elternteils und
- eine schwere Gefährdung für das Kind.

Absatz 4 der Vorschrift regelt die Ersetzung der väterlichen Einwilligung, wenn die Mutter die Alleinsorge nach § 1626a Abs. 2 BGB hat. Die Regelung bezieht sich damit auf nichteheliche Väter, die nicht Inhaber der elterlichen Sorge sind und es auch nie waren.[10]

In diesem Fall hat das Gericht die Einwilligung des Vaters zu ersetzen, wenn das Unterbleiben der Annahme dem Kind zu unverhältnismäßigem Nachteil gereichen würde. Diese Regelung ist als verfehlt und verfassungsrechtlich bedenklich kritisiert worden,[11] sie hat aber durch den BGH[12] und diesem folgend durch das BVerfG[13] eine einschränkende Auslegung erfahren: Es ist eine Abwägung zwischen den Interessen des Kindes an der Adoption und den Interessen des Vaters am Fortbestand des Elternrechtes erforderlich:

Das Unterbleiben der Adoption ist dann ein unverhältnismäßiger Nachteil für das Kind, wenn die Adoption dem Kind einen so erheblichen Vorteil bieten würde, dass ein sich verständig um sein Kind sorgender Elternteil auf der Erhaltung des Verwandtschaftsbandes nicht bestehen würde.

Bei einer Neuregelung der elterlichen Sorge nicht miteinander verheirateter Eltern entstehen folgende Konsequenzen:

---

[10] Vgl. dazu Staudinger/*Frank*, Bearb. 2007, § 1748 BGB, Rn. 58.
[11] Staudinger/*Frank*, Bearb. 2007, § 1748 BGB, Rn. 59.
[12] BGH FamRZ 2005, S. 891 f.
[13] BVerfG FamRZ 2006, S. 94.

Bei einem *Widerspruchsmodell* ist § 1748 Abs. 4 BGB nicht anwendbar, da der Vater die Mitsorge hatte und damit die Voraussetzung „Alleinsorge der Mutter nach § 1626a Abs. 2 BGB“ nicht gegeben ist. Die Einwilligung des Vaters kann daher nur nach den strengeren Voraussetzungen des § 1748 Abs. 1 bis 3 BGB ersetzt werden.

Bei dem *Kompromissmodell* und einem Widerspruch der Mutter ist die Vorschrift anwendbar, da eine Mitsorge (ohne entsprechende Entscheidung des Familiengerichts auf Antrag des Vaters) nicht entsteht.

Bei einem *Antragsmodell* ist die Vorschrift gleichfalls anwendbar, da keine Mitsorge des Vaters besteht.

VI. Ergebnis

Eine Neuregelung der gemeinsamen Sorge nicht miteinander verheirateter Eltern wirkt sich auf das Einwilligungsrecht und dessen Ersetzung aus. Die entstehenden Fragen wird der Gesetzgeber bei der Neuregelung im Auge behalten und angemessen lösen müssen.

Reformbedarf im Abstammungsrecht vor dem Hintergrund der gegenwärtigen Bemühungen um eine Reform des Rechts der elterlichen Sorge*

Tobias Helms

I. Fragestellung

In meinem Referat geht es um den Reformbedarf auf dem Gebiet des Abstammungsrechts. Dabei handelt es sich grundsätzlich um eine sehr weitreichende Fragestellung. Doch soll dieses Thema – im Kontext des heutigen Workshops – ausschließlich vor dem speziellen Hintergrund der gegenwärtigen Bemühungen um eine Reform des Rechts der elterlichen Sorge beleuchtet werden. Daher möchte ich mich auf die Frage beschränken, ob die Wertungen, die der neuen Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte und des Bundesverfassungsgerichts zur elterlichen Sorge und zum Umgangsrecht des (nichtehelichen) Vaters zugrunde liegen, auch für das Abstammungsrecht Relevanz besitzen. Der Reiz einer solchen Fragestellung besteht darin, dass man versuchen kann, Verbindungs-

---

* Mit Fußnoten versehene Fassung des Vortrags, den der Verfasser am 25.11.2011 auf dem 10. Göttinger Workshop zum Familienrecht gehalten hat. Die Vortragsform wurde beibehalten.

linien und Zusammenhänge zwischen dem Recht der elterlichen Sorge einerseits und dem Abstammungsrecht andererseits aufzudecken: Dabei handelt es sich um zwei Teilgebiete des Familienrechts, die selten gemeinsam in den Blick genommen werden, aber sachlich doch eng miteinander zusammenhängen. Gleichzeitig besteht aber auch die Gefahr, dass die Dinge nicht differenziert genug betrachtet werden und Aspekte aus der Betrachtung ausgeblendet werden, die im Abstammungsrecht Relevanz besitzen, für das Recht der elterlichen Sorge aber keine Rolle spielen. Wie es sich für einen Workshop gehört, sind meine Ausführungen daher auch lediglich als Diskussionsanregung und nicht als abschließende Analyse zu verstehen.

II. Zugang des biologischen Vaters zur Stellung als rechtlicher Vater

1. Sperrwirkung einer bestehenden rechtlichen Vaterschaft bei korrespondierender sozial-familiärer Beziehung

a) Geltendes deutsches Abstammungsrecht

Über die Rechtsstellung des nichtehelichen Vaters auf dem Gebiet des Sorge- und Umgangsrechts haben wir heute schon intensiv diskutiert. Doch setzt die Zuweisung der elterlichen Sorge an den nichtehelichen Vater voraus, dass er von der Rechtsordnung überhaupt rechtlich als Vater anerkannt wird. Das ist aber, wie wir alle wissen, keine Selbstverständlichkeit. Ist der Erzeuger eines Kindes mit der Mutter seines Kindes nicht verheiratet, wird er von der Rechtsordnung nur dann als Vater im Rechtssinne betrachtet, wenn er die Vaterschaft anerkennt (§ 1592 Nr. 2 BGB) oder gerichtlich als Vater festgestellt wird (§ 1592 Nr. 3 BGB). Beides liegt jedoch nicht allein in seiner Hand: Denn eine wirksame Vaterschaftsanerkennung setzt die Zustimmung der Mutter voraus (§ 1595 Abs. 1 BGB), und die Vaterschaftsfeststellung ist gesperrt, wenn bereits die Vaterschaft eines anderen Mannes, sei es aufgrund der Ehe mit der Mutter oder aufgrund einer freiwilligen Vaterschaftsanerkennung, etabliert ist (§§ 1594 Abs. 2, 1600d Abs. 1 BGB).

Damit der nichteheliche Vater auch dann eine Chance hat, seiner Vaterschaft zum Durchbruch zu verhelfen, wenn sein Kind rechtlich bereits einem anderen Mann zugeordnet ist, hat der Gesetzgeber im Jahre 2004 dem biologischen Vater ein zweijähriges kenntnisabhängiges Vaterschaftsanfechtungsrecht eingeräumt. Allerdings ist dem biologischen Vater – im Unterschied zu den anderen anfechtungsberechtigten Familienmitgliedern – die Ausübung des Anfech-

tungsrechts verwehrt, wenn zwischen dem Kind und seinem rechtlichen Vater eine sozial-familiäre Beziehung besteht: § 1600 Abs. 2 BGB. Diese Kompromisslösung geht auf eine Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts vom 9.4.2003 zurück.[1] Zwar hob das Bundesverfassungsgericht hervor, Art. 6 Abs. 2 S. 1 GG schütze den leiblichen, aber nicht rechtlichen Vater in seinem Interesse, die rechtliche Stellung als Vater einzunehmen, so dass ihm grundsätzlich eine Chance eröffnet werden müsse, die rechtliche Vaterposition zu erlangen.[2] Doch legte sich das Gericht im gleichen Atemzug darauf fest, dass ein Anfechtungsrecht des biologischen Vaters von Verfassungs wegen nur dann erforderlich sei, wenn die rechtlichen Eltern mit dem Kind keine soziale Familie bildeten, die ihrerseits durch Art. 6 Abs. 1 GG geschützt sei.[3]

b) Neue Entwicklungen beim Sorge- und Umgangsrecht des nichtehelichen Vaters

Aus abstammungsrechtlicher Sicht ist daher die entscheidende Frage, ob sich die pauschale Zurücksetzung des biologischen Vaters bei Vorliegen einer sozial-familiären Beziehung zwischen Kind und rechtlichem Vater mit den verfassungs- und menschenrechtlichen Vorgaben vereinbaren lässt, die mittlerweile für die sorge- und umgangsrechtliche Stellung des nichtehelichen Vaters entwickelt wurden.

Sowohl der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte[4] als auch das Bundesverfassungsgericht[5] haben für das Sorgerecht hervorgehoben, dass dem nichtehelichen Vater das Recht zustehen müsse, im konkreten Einzelfall gerichtlich überprüfen zu lassen, ob sein Ausschluss von der elterlichen Sorge aus Gründen des Kindeswohls gerechtfertigt ist. Die bisherige Regelung des § 1626a Abs. 1 BGB ging von der pauschalen Annahme aus, dass immer dann, wenn sich eine Mutter weigert, die elterliche Sorge mit dem Vater des Kindes zu teilen, sie achtenswerte und kindeswohlrelevante Gründe dafür habe. Dieses Konzept wurde aber nun als zu undifferenziert angesehen, um der Lebenswirklichkeit gerecht zu werden. Ganz ähnlich hat der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte beim Umgangsrecht des biologischen Vaters argumentiert, der nicht zugleich rechtlicher Vater ist: Auch wenn sich der „nur-biologische" Vater nicht gem. § 1685 Abs. 2 BGB auf eine bestehende sozial-familiäre Beziehung berufen kann, muss nach Ansicht des Europäischen Gerichtshofs für

[1] BVerfG FamRZ 2003, S. 816 ff.
[2] BVerfG FamRZ 2003, S. 816, 818 und 820.
[3] BVerfG FamRZ 2003, S. 816, 821.
[4] EGMR Urt. v. 3.12.2009 – Nr. 22028/04 (Zaunegger/Deutschland), FamRZ 2010, S. 103, 105 f.
[5] BVerfG FamRZ 2010, S. 1403, 1406 ff.

Menschenrechte im Umgangsverfahren eine einzelfallbezogene Kindeswohlprüfung erfolgen. Denn wenn die rechtlichen Eltern den Umgang verweigern und damit das Entstehen einer sozial-familiären Beziehung verhindern, muss diese Haltung nicht unbedingt durch kindeswohlrelevante Überlegungen motiviert sein.[6]

Wie aber steht es vor diesem Hintergrund mit der Annahme des deutschen Abstammungsrechts, dass immer dann, wenn ein Kind bereits einem rechtlichen Vater zugeordnet ist und zu diesem eine sozial-familiäre Beziehung besteht, die Interessenabwägung zu Lasten des biologischen Vaters ausgehen müsse?[7]

c) 1. Fallgruppe: Abbruch der sozial-familiären Beziehung zum leiblichen Vater

Offensichtlich unzureichend ist die Lösung des geltenden deutschen Abstammungsrechts in solchen Fällen, in denen sich nach der Geburt des Kindes zunächst eine sozial-familiäre Beziehung zum leiblichen Vater entwickelt, diese jedoch durch die Mutter wieder unterbunden wird. Der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte hatte in der Sache Różański gegen Polen im Jahre 2006 über eine Konstellation zu entscheiden, in welcher der leibliche Vater mit der Mutter seines Sohnes für knapp zwei Jahre zusammenlebte, ohne dass eine Vaterschaftsanerkennung abgegeben wurde. Sodann verschwand die Mutter des Kindes spurlos und hinterließ dem Vater eine Nachricht, er müsse nun für das Kind alleine sorgen. Einen Monat später entführte sie das Kind und tauchte mit diesem zunächst unter. Ein anschließend angestrengtes Verfahren auf Feststellung der Vaterschaft scheiterte in letzter Konsequenz, weil der neue Partner der Mutter mit ihrer Zustimmung die Vaterschaft zum Kind anerkannte und dadurch die Vaterschaftsfeststellung gesperrt wurde. Ein Vaterschaftsanfechtungsrecht des biologischen Vaters war im polnischen Recht nicht vorgesehen.

Der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte rügte eine Verletzung des Rechts auf Familienleben nach Art. 8 EMRK. Ein Grundproblem des polnischen Rechts bestand bereits darin, dass der biologische Vater nicht aus eigenem Recht die Feststellung der Vaterschaft betreiben konnte, sondern dem Kind zunächst ein Ergänzungspfleger bestellt werden musste, der das Verfahren im Namen des Kindes führte. Doch ging der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte in seiner Kritik über diesen Punkt hinaus und bemängelte,

---

[6] EGMR Urt. v. 21.12.2010 – Nr. 20578/07 (Anayo/Deutschland), FamRZ 2011, S. 269, 271 (Rn. 69).
[7] BT-Drs. 15/2253, S. 11.

dass durch die rechtliche Zuordnung zum neuen Partner der Mutter dem biologischen Vater jede Chance genommen worden sei, eine eigene Rechtsbeziehung zum Kind zu etablieren. Vor allem wurde kritisiert, dass keine Interessenabwägung im konkreten Einzelfall vorgenommen wurde. Es sei nicht untersucht worden, ob in der vorliegenden Fallgestaltung eine Überprüfung der Abstammungsbeziehungen den Interessen des Kindes überhaupt noch geschadet hätte.[8]

Auch nach deutschem Recht kann es zu vergleichbaren Konflikten kommen,[9] weil § 1600 Abs. 2 BGB allein darauf abstellt, ob zwischen rechtlichem Vater und Kind eine sozial-familiäre Beziehung besteht. Ob zuvor einmal eine sozial-familiäre Beziehung zum leiblichen Vater bestanden hat, spielt nach dem Wortlaut des Gesetzes keine Rolle. Nach deutschem Recht wäre in der geschilderten Konstellation entscheidend, ob der rechtliche Vater nach § 1600 Abs. 4 S. 1 BGB die „tatsächliche Verantwortung" für das Kind trägt. Dies wird nach Abs. 4 S. 2 vermutet, wenn er mit der Mutter verheiratet ist oder mit dem Kind „längere Zeit in häuslicher Gemeinschaft zusammengelebt hat". Dabei ist für die Beurteilung der Zeitpunkt der letzten mündlichen Verhandlung entscheidend.[10] Die Zeit spielt also gegen den biologischen Vater.

Offenbar zieht das Gesetz die Möglichkeit eines Wechsels der sozial-familiären Beziehung vom biologischen Vater zum rechtlichen Vater gar nicht in Betracht. Im Ergebnis halte ich es daher für recht eindeutig, dass das deutsche Recht in dieser speziellen Konstellation den Vorgaben der Europäischen Menschenrechtskonvention nicht gerecht wird.[11]

---

[8] EGMR Urt. v. 18.5.2006 – Nr. 55339/00 (Różański/Polen), Rn. 78.

[9] Auch nach *Rixe*, Der EGMR als Motor einer Harmonisierung des Familienrechts in Europa, FPR 2008, S. 222, 225 und *ders.*, Art. 8 EMRK: Umgangsrecht des leiblichen Vaters, FamRZ 2011, S. 1363, 1366 entspricht das deutsche Recht nicht den in dieser Entscheidung aufgestellten Anforderungen. Zu vergleichbaren Problemen im früheren französischen Recht vgl. *Helms*, Vaterschaftsanfechtung durch den Erzeuger des Kindes?, FamRZ 1997, S. 913, 915.

[10] BGH FamRZ 2008, S. 1821; BGH FamRZ 2007, S. 538, 539 f.; MünchKommBGB/*Wellenhofer*, 5. Aufl. 2008, § 1600 BGB, Rn. 8. Fehlerhaft daher OLG Karlsruhe ZKJ 2010, S. 248 m. krit. Anm. *Helms* (ZKJ 2010, S. 244 f.).

[11] Vgl. Staudinger/*Rauscher* (2011), § 1600 BGB, Rn. 40, der fordert, dieser Aspekt müsse in eine Interessenabwägung einfließen. Auch *Schumann*, Erfüllt das neue Kindschaftsrecht die verfassungsrechtlichen Anforderungen an die Ausgestaltung des nichtehelichen Vater-Kind-Verhältnisses?, FamRZ 2000, S. 389, 391 fordert ein Anfechtungsrecht, wenn das Kind zum leiblichen Vater soziale Bindungen entwickelt hat.

d) 2. Fallgruppe: Verhinderung der Entstehung einer (sozial-familiären) Beziehung zum leiblichen Vater

Praktisch wesentlich bedeutsamer sind jedoch die Fälle, in denen sich die Mutter bereits vor oder unmittelbar nach der Geburt einem anderen Mann zuwendet und dieser – durch Anerkennung oder aufgrund der Ehe mit der Mutter – in die rechtliche Vaterstellung einrückt.[12] Übernimmt der rechtliche Vater dann auch die tatsächliche Verantwortung für das Kind, ist die Vaterschaftsanfechtung durch den biologischen Vater nach § 1600 Abs. 2 BGB gesperrt. Hier drängt sich die Frage auf, ob es in den Fällen, in denen der biologische Vater ernsthaft daran interessiert ist, die volle Verantwortung für sein Kind zu übernehmen, einen Unterschied machen kann, ob es ihm zunächst gelingt, eine sozial-familiäre Beziehung aufzubauen oder seine Bemühungen von vornherein vereitelt werden.

Das Bundesverfassungsgericht hat in seiner Entscheidung zum Vaterschaftsanfechtungsrecht des biologischen Vaters der Rechtsposition des leiblichen Vaters nur dann von Verfassungs wegen Vorrang eingeräumt, wenn nicht der Schutz einer familiären Beziehung zwischen dem Kind und seinen rechtlichen Eltern entgegensteht.[13] Nach Auffassung des Bundesverfassungsgerichts soll es also in der Tat zulässig sein, die Interessen des biologischen Vaters stets hinter dem Schutz einer rechtlich fundierten sozial-familiären Vaterschaft zurücktreten zu lassen. Demgegenüber hat der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte in den Entscheidungen Anayo und Schneider zum Umgangsrecht des biologischen, aber nicht rechtlichen Vaters hervorgehoben, dass es im Einzelfall geboten sein könne, einem biologischen Vater gegen den Willen der rechtlichen Eltern ein Umgangsrecht zu gewähren, um ihm damit den (erstmaligen) Aufbau einer tatsächlichen Beziehung zu seinem Kind zu ermöglichen.

Wenn dem biologischen Vater aber unter bestimmten Voraussetzungen ein Umgangsrecht eingeräumt werden muss, um eine reale Beziehung zu seinem Kind herstellen zu können, drängt sich die Schlussfolgerung auf, dass es auch geboten sein kann, in manchen Fällen einen Schritt weiter zu gehen und ihm die Etablierung seiner rechtlichen Vaterschaft zu ermöglichen. Dass zwischen dem Kind und seinem rechtlichen Vater bereits eine sozial-familiäre Beziehung besteht, kann dem nicht pauschal entgegengehalten werden. Denn zu welchem

---

[12] Vgl. auch den ähnlichen Sachverhalt in BVerfG FamRZ 2006, S. 1661.

[13] BVerfG FamRZ 2003, S. 816, 818 und 820 f.; vgl. auch BGH FamRZ 2007, S. 538, 540: „Dem Gesetzgeber ist es von Verfassungs wegen nicht verwehrt, eine solche Abwägung generalisierend vorwegzunehmen, auch um die bestehende Familie davor zu schützen, deren Interna im Einzelnen aufdecken zu müssen."

Mann eine sozial-familiäre Beziehung entsteht, hängt oftmals in erster Linie vom Verhalten der Mutter ab. Ob sie aber etwa der Vaterschaftsanerkennung des biologischen Vaters zustimmt oder sich einem anderen Mann zuwendet, vielleicht sogar dessen biologisch wahrheitswidriger Vaterschaftsanerkennung zustimmt oder etwa ihre Beziehung zu ihrem Ehemann – trotz eines „Seitensprungs" – fortsetzt, all das sind Entscheidungen, die nicht notwendigerweise zuvörderst das Wohl ihres Kindes im Auge haben. Das Bestehen einer sozial-familiären Beziehung zwischen rechtlichem Vater und Kind mag ein wichtiger Gesichtspunkt sein, wenn man über den Vorrang von leiblicher oder sozialer Elternschaft entscheiden möchte, doch eine umfassende Kindeswohlprüfung darf sich in diesem Gesichtspunkt nicht erschöpfen.

Es spricht daher viel dafür, aus der Rechtsprechung – insbesondere des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte – die Schlussfolgerung zu ziehen, dass das Vaterschaftsanfechtungsrecht des biologischen Vaters nur dann gesperrt sein darf, wenn im konkreten Einzelfall ausreichend gewichtige Kindeswohlbelange gegen eine Anfechtung sprechen.[14] Ein solcher Ansatz ist für das deutsche Recht auch schon mehrfach gefordert worden.[15]

Allerdings habe ich Zweifel, ob man auf Dauer bei dieser Lösung wird stehen bleiben können. Soll der Richter wirklich unter Kindeswohlgesichtspunkten eine Auswahl zwischen zwei potenziellen Vätern treffen? Geht es nicht vielmehr um die generelle Frage, ob der biologische Vater oder der soziale Vater der „eigentliche" Vater ist, dem die Rechtsordnung grundsätzlich zur Anerkennung verhelfen sollte? Das Bundesverfassungsgericht hat in seiner Entscheidung vom 9.4.2003 betont, dem Grundgesetz könne nicht entnommen werden, ob der leiblichen oder der sozial-familiären Vaterschaft der Vorrang zukomme.[16] Allerdings hat das Gericht es dann in der Sache gebilligt, wenn der biologische Vater hinter dem Schutz der sozialen Familie generell zurückstehen muss.[17]

---

[14] Der Europäische Gerichtshof für Menschenrecht hat in den Entscheidungen v. 22.3. 2012 (EGMR Urt. v. 22.3.2012 – Nr. 23338/09 [Kautzor/Deutschland] und Nr. 45071/09 [Ahrens/Deutschland] unter Berufung auf den weiten Ermessensspielraum des Gesetzgebers das geltende deutsche Abstammungsrecht nicht als konventionswidrig angesehen.

[15] Staudinger/*Rauscher* (2011), § 1600 BGB, Rn. 40 (aus verfassungsrechtlichen Gründen bereits de lege lata); *Wellenhofer-Klein*, Das Vaterschaftsanfechtungsrecht des leiblichen Vaters - Vorschlag zur Änderung von § 1600 BGB, FamRZ 2003, S. 1889, 1891; *Schumann*, Erfüllt das neue Kindschaftsrecht die verfassungsrechtlichen Anforderungen an die Ausgestaltung des nichtehelichen Vater-Kind-Verhältnisses?, FamRZ 2000, S. 389, 391; *Helms*, Vaterschaftsanfechtung durch den Erzeuger des Kindes?, FamRZ 1997, S. 913, 917 f.

[16] BVerfG FamRZ 2003, S. 816, 820.

[17] BVerfG FamRZ 2003, S. 816, 820 f.

Doch weist meines Erachtens sowohl historisch als auch rechtsvergleichend die Entwicklung im Abstammungsrecht mittlerweile in die gegenteilige Richtung. Immer stärker scheint sich die Überzeugung durchzusetzen, wahrer Vater des Kindes sei eigentlich sein Erzeuger. Das kann im vorliegenden Kontext nicht im Einzelnen ausgeführt werden.[18] Stellt man sich aber auf den Standpunkt, dass der biologische Vater der „wahre" Vater des Kindes ist, kann man ihm die Vaterstellung nicht allein deshalb streitig machen, weil ein anderer Mann aus sozialen Gesichtspunkten vorzugswürdig erscheint. Schließlich darf man den Eltern eines Kindes die Sorge auch nicht deshalb entziehen, weil es Personen gibt, die als Eltern besser geeignet wären. Meines Erachtens wird es sich auf Dauer kaum durchhalten lassen, dem biologischen Vater, der sich von vornherein um seine rechtliche Anerkennung bemüht, die Stellung als rechtlicher Vater mit dem Hinweis zu verwehren, ein anderer Mann habe schon die tatsächliche Verantwortung für sein Kind übernommen. Schlüssig lässt sich die Bevorzugung der sozialen Vaterschaft regelmäßig erst dann rechtfertigen, wenn in zeitlicher Hinsicht eine gewisse Verfestigung der gelebten Vater-Kind-Beziehung eingetreten ist, ohne dass der biologische Vater Interesse am Schicksal des Kindes bekundet hat. Das könnte dafür sprechen, dem biologischen Vater beispielsweise eine einjährige kenntnisabhängige Anfechtungsfrist einzuräumen.[19] Hat er diese Frist verstreichen lassen, bestehen keinerlei Bedenken mehr, das Kind rechtlich dauerhaft seinem sozialen Vater zuzuordnen.

2. Zustimmungserfordernisse als Wirksamkeitsvoraussetzung für die Vaterschaftsanerkennung

Auch die Regeln des geltenden Rechts über das Wirksamwerden einer Vaterschaftsanerkennung könnten in Frage gestellt werden. Bekanntlich bedarf nach § 1595 Abs. 1 BGB die Anerkennung der Vaterschaft seit Inkrafttreten des Kindschaftsrechtsreformgesetzes im Jahre 1998 stets der Zustimmung der

[18] Vgl. dazu *Helms*, Die Stellung des potenziellen biologischen Vaters im Abstammungsrecht, FamRZ 2010, S. 1 ff.

[19] Vgl. auch die ähnlichen Vorschläge von *Frank*, Rechtsvergleichende Betrachtungen zur Vaterschaftsanfechtung durch den leiblichen Vater des Kindes, in: Hofer/Klippel/Walter (Hrsg.), FS Schwab 2005, S. 1127, 1131 f. und 1139; *Rixe*, Der EGMR als Motor einer Harmonisierung des Familienrechts in Europa, FPR 2008, S. 222, 225; *W. Roth*, Vaterschaftsanfechtung durch den biologischen Vater, NJW 2003, S. 3153, 3155 und 3159. In FamRZ 2010, Die Stellung des potenziellen biologischen Vaters im Abstammungsrecht, S. 1, 7 hat der Verf. eine kenntnisunabhängige Frist von einem Jahr ab der Geburt als Alternative zu einem allgemeinen Anfechtungsrecht mit Kindeswohlvorbehalt zur Diskussion gestellt.

Mutter.[20] Dabei handelt die Mutter aus eigenem Recht und im eigenen Namen und nicht als gesetzliche Vertreterin ihres Kindes.[21] Die Zustimmung ist nicht gerichtlich ersetzbar. Wird sie nicht erteilt, bleibt dem Anerkennenden nur der Weg über die gerichtliche Vaterschaftsfeststellung.

Wenn aber nunmehr das Sorgerecht des nichtehelichen Vaters nicht mehr allein davon abhängen darf, ob die Mutter des Kindes bereit ist, die elterliche Sorge mit ihm zu teilen, könnte man auch die Frage stellen, ob es wertungsmäßig stimmig ist, dass jedes Vaterschaftsanerkenntnis stets die Zustimmung der Mutter voraussetzt. In der Tat sieht *Rauscher* eine Parallele zur nunmehr als verfassungswidrig gebrandmarkten Konzeption des § 1626a Abs. 1 Nr. 1 BGB: Der Gesetzgeber habe auch das Wirksamwerden einer Vaterschaftsanerkennung der freien Entscheidungsmacht der Mutter unterworfen und lediglich „die Hoffnung in den Raum gestellt, sie werde diese [Entscheidungsmacht] nur im Interesse des Kindes ausüben".[22] Demgegenüber hängt beispielsweise nach französischem Recht die Wirksamkeit der Vaterschaftsanerkennung einzig und allein von der Erklärung des Anerkennenden ab (Art. 316 Abs. 1 Code civil).[23]

Meines Erachtens trägt jedoch im vorliegenden Kontext der Vergleich mit der neuen sorgerechtlichen Stellung des nichtehelichen Vaters nicht besonders weit. Der Unterschied besteht schon darin, dass der biologische Vater, der zur Übernahme der rechtlichen Vaterstellung bereit ist, stets die Möglichkeit hat, auf eine gerichtliche Vaterschaftsfeststellung auszuweichen. Wird ihm dieser Weg versperrt, etwa weil ein Dritter mit Zustimmung der Mutter die Vaterschaft anerkennt, kommt es darauf an, ob er eine faire Chance zur Anfechtung der entgegenstehenden Vater-Kind-Zuordnung besitzt, womit wir wieder beim Thema des vorangehenden Abschnitts angelangt wären.[24]

---

[20] Nach altem Recht war die Zustimmung des Kindes die allein entscheidende Voraussetzung für die Wirksamkeit der Vaterschaftsanerkennung (§ 1600c BGB a.F.). Ziel der Reform war es, die Rechte der Mutter zu stärken, BT- Drs. 13/4899, S. 54.

[21] Nach § 1595 Abs. 2 BGB bedarf die Anerkennung nur dann der Zustimmung des (gesetzlichen Vertreters des) Kindes, wenn der Mutter die elterliche Sorge insoweit nicht zusteht.

[22] Staudinger/*Rauscher* (2011), § 1595 BGB, Rn. 7. *Rixe*, Art. 8 EMRK: Umgangsrecht des leiblichen Vaters, FamRZ 2011, S. 1363, 1366 sieht darin einen Verstoß gegen Art. 8, 14 EMRK.

[23] Nach Art. 336-1 Code civil wird ein Vaterschaftsanfechtungsverfahren eingeleitet, wenn eine vorgeburtliche Anerkennung im Widerspruch zu den Angaben über den Vater anlässlich der Geburtsanzeige steht.

[24] In der Literatur wird teilweise geltend gemacht, die Regelung begründe die Gefahr einer durch eigene Interessen der Mutter motivierten unrichtigen Anerkennung (Staudinger/*Rauscher* (2011), § 1595 BGB, Rn. 6). Doch würde diese Gefahr gebannt, wenn alle

Dass aber grundsätzlich das Wirksamwerden einer Vaterschaftsanerkennung von der Zustimmung der Mutter abhängig ist, erscheint sachgerecht. Ist die Mutter mit der Anerkennung einverstanden, spricht vieles dafür, dass der Anerkennende auch aus Sicht der Mutter der biologische Vater des Kindes ist. Sollte das nicht der Fall sein, bestehen gleichwohl gute Aussichten, dass zwischen den Beteiligten tragfähige Beziehungen entstehen. Damit stellt die Anerkennung nach Ablauf aller Anfechtungsfristen eine geeignete Basis für eine dauerhafte Vater-Kind-Zuordnung dar, selbst wenn die Anerkennung mit den biologischen Fakten nicht übereinstimmen sollte.

Allerdings erscheint fraglich, ob die Mutter ein berechtigtes Interesse besitzt, gegen den Willen eines volljährigen Kindes die Zustimmung zu einer Vaterschaftsanerkennung verweigern zu dürfen. Entscheidend ist, welche Funktion man einer Vaterschaftsanerkennung zuschreibt. Soll sie in erster Linie die (aufwändige) Vaterschaftsfeststellung ersetzen, weil sie im Regelfall mit der biologischen Abstammung übereinstimmt? Dann ist die Zustimmung der Mutter ein wichtiges Indiz für die biologische Richtigkeit. Oder erkennt man auch an, dass das freiwillige Sich-zueinander-Bekennen einen eigenen Wert jenseits der biologischen Wahrheit besitzt? Dann ist nicht einzusehen, welches Mitspracherecht die Mutter bei einem volljährigen Kind haben soll.[25] Denn schließlich bedarf die Annahme eines Volljährigen auch nicht der Zustimmung der Eltern des Angenommenen (§§ 1768 Abs. 1 S. 2, 1747 BGB).

In der rechtspolitischen Diskussion ist es allerdings weniger das Vetorecht der Mutter, das in Frage gestellt wird. Vielmehr wird umgekehrt ein zusätzliches Zustimmungserfordernis für das betroffene Kind ab Vollendung seines 14. Lebensjahres gefordert.[26] Vergleichbare Mitspracherechte sind sowohl im materiellen Sorgerecht (§ 1671 Abs. 2 Nr. 1 BGB) als auch in Kindschaftsverfahren (§ 159 Abs. 1 S. 1 FamFG) bekannt. Vor allem aber setzt eine Adoption ab

---

Betroffenen, insbesondere auch der biologische Vater, eine faire Chance zur Anfechtung einer biologisch wahrheitswidrigen Anerkennung besitzen würden. Auch der Europäische Gerichtshof für Menschenrecht hat diese Regelung nunmehr gebilligt (EGMR Urt. v. 22.3.2012 – Nr.23338/09 [Kautzor/Deutschland] Rn. 68).

[25] Die Einführung eines Anfechtungsrechts der Mutter beim Vaterschaftsanerkenntnis wurde damit begründet, dass sie sich niemanden als Vater ihres Kindes aufdrängen zu lassen brauche (BT-Drs. V/2370, S. 32). Dies betrifft aber vor allem die Anerkennung minderjähriger Kinder. Kritisch ebenfalls Staudinger/*Rauscher* (2011), § 1595 BGB, Rn. 8; MünchKommBGB/*Wellenhofer*, 5. Aufl. 2008, § 1595 BGB, Rn. 3.

[26] Staudinger/*Rauscher* (2011), § 1595 BGB, Rn. 6 ff.; MünchKommBGB/*Wellenhofer*, 5. Aufl. 2008, § 1595 BGB, Rn. 3; vgl. dazu rechtsvergleichend *Büchler*, Das Abstammungsrecht in rechtsvergleichender Sicht, FamPra.ch 2005, S. 437, 457.

dem 14. Lebensjahr des Kindes dessen Zustimmung voraus (§ 1746 Abs. 1 S. 3 BGB).

III. Klärung der Abstammung als Vorfrage für das Umgangsrecht des biologischen, aber nicht rechtlichen Vaters

Wie bereits mehrfach erwähnt wurde, ist die Bundesrepublik Deutschland mittlerweile zweimal vom Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte wegen Verletzung von Art. 8 EMRK verurteilt worden, weil das deutsche Recht einem biologischen, aber nicht rechtlichen Vater ohne Rücksicht auf die Umstände des Einzelfalles ein Umgangsrecht verwehrt, soweit nicht bereits eine sozial-familiäre Beziehung nach § 1685 Abs. 2 BGB besteht.[27] Dabei wirft die zweite der beiden Entscheidungen, die Rechtssache Schneider, auch abstammungsrechtliche Fragen auf, weil die Vaterschaft des Beschwerdeführers zwischen den Beteiligten streitig war, ohne dass die Voraussetzungen für eine Klärung im Statusverfahren gegeben waren.

Damit stellt sich nunmehr das Problem, dass in Umgangsverfahren der Streit über die Abstammung eines Kindes entscheidungserheblich werden kann, obwohl nach den Regeln des deutschen Abstammungsrechts eine Vaterschaftsfeststellung nicht möglich ist. Doch in welchem Verfahren soll dann die biologische Vaterschaft überprüft werden? Der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte drängt die Frage nach der Klärung der Abstammungsbeziehungen in den Hintergrund, indem er meint, in einem Umgangsverfahren könnte zunächst in einem ersten Schritt – losgelöst von der Prüfung der Abstammungsbeziehungen – die Frage geklärt werden, ob ein Umgang dem Wohl des Kindes dienen würde.[28] Nur wenn diese hypothetische Kindeswohlprüfung positiv ausgehe, müssten dann in einem zweiten Schritt die Abstammungsbeziehungen wirklich aufgedeckt werden. Ob diese Prüfung inzident im Umgangsverfahren oder in einem getrennten Abstammungsverfahren zu erfolgen hat, wird vom Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte selbstverständlich nicht vorgegeben.

Meines Erachtens wird die vom Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte skizzierte zweistufige Vorgehensweise den verfahrensrechtlichen Realitäten

---

[27] EGMR Urt. v. 21.12.2010 – Nr. 20578/07 (Anayo/Deutschland), FamRZ 2011, S. 269; EGMR Urt. v. 15.9.2011 – Nr. 17080/07 (Schneider/Deutschland), FamRZ 2011, S. 1715.

[28] EGMR Urt. v. 15.9.2011 – Nr. 17080/07 (Schneider/Deutschland), FamRZ 2011, S. 1715, 1717 (Rn. 103).

und der Dynamik zwischenmenschlicher Beziehungen nicht gerecht. Wehrt sich eine Mutter gegen den Wunsch eines potenziellen Vaters auf Umgang mit ihrem Kind, weil sie ernsthafte Zweifel an dessen Vaterschaft hat, so muss sinnvollerweise der erste Schritt darin bestehen, die Abstammungsbeziehungen zu klären: Zeigt sich, dass der Antragsteller nicht der Vater des Kindes ist, hat sich der Konflikt erledigt. Wird aber seine Abstammung bewiesen, so sind die Voraussetzungen geschaffen, um mit einer gewissen Aussicht auf Erfolg eine einverständliche Regelung des Umgangs in Angriff nehmen zu können. Letztlich geht es in derartigen Fällen zunächst um das allgemeine Interesse, sich Klarheit über die biologischen Bindungen zu verschaffen, um auf dieser Grundlage seine Haltung zum anderen Elternteil überdenken zu können. Oder wie es das BVerfG in seiner Entscheidung vom 13.2.2007 zum Recht des (rechtlichen) Vaters auf Kenntnis seiner Nachkommenschaft ausdrückte: „Das Wissen um die Abstammung des Kindes hat […] maßgeblichen Einfluss auf das Selbstverständnis des Mannes sowie die Rolle und Haltung, die er dem Kind und der Mutter gegenüber einnimmt.“[29] Daher hat sich auf dem 19. Deutschen Familiengerichtstag 2011 der Arbeitskreis 21 („Vaterschaftsklärung, -feststellung und -anfechtung“) zu Recht gegen die Möglichkeit einer Inzidentprüfung der Abstammung im Rahmen eines Umgangsverfahrens ausgesprochen und stattdessen gefordert, dem biologischen Vater das Verfahren nach § 1598a BGB zu eröffnen.[30] Der leibliche Vater könnte dann nach Klärung der Abstammungsverhältnisse auf der Grundlage etwa eines reformierten § 1685 BGB einen Antrag auf Umgang stellen.

Fraglich erscheint jedoch, ob man ca. 40 Jahre nach Überwindung der Zahlvaterschaft[31] des nichtehelichen Vaters nunmehr eine „Umgangsvaterschaft“ für den leiblichen, aber nicht rechtlichen Vater im deutschen Recht einführen möchte. Sollte man nicht lieber das Übel an der Wurzel packen und die ab-

---

[29] BVerfG FamRZ 2007, S. 441, 442 f. sowie *Hohmann-Dennhardt*, Abstammungsklärung - Persönlichkeitsrecht und Menschenwürde, in: Walter/Koch (Hrsg.), Aktuelle Fragen des Familienrechts, 2009, S. 139 ff.; vgl. dazu die Kritik u.a. von *Frank/Helms*, Kritische Bemerkungen zum Regierungsentwurf eines „Gesetzes zur Klärung der Vaterschaft unabhängig vom Anfechtungsverfahren“, FamRZ 2007, S. 1277 f. und *Schwab*, Zwischen Kenntnis der Abstammung und abstammungsgemäßer Zuordnung – Eine Wanderung auf den Pfaden des Bundesverfassungsgerichts, in: Manssen/Jach-mann/Gröpl (Hrsg.), FS Steiner 2009, S. 758 ff.

[30] http://www.dfgt.de/resources/2011_Arbeitskreis_21.pdf (Beschluss Nr. 6 und 7). Für die Ausweitung des § 1598a BGB auch schon der AK 7 „Klärung der Vaterschaft“ auf dem 18. DFGT 2009 (Brühler Schriften zum Familienrecht, Band 16, 2010, S. 112).

[31] Nichteheliche Kinder galten bis zum Inkrafttreten des Nichtehelichengesetzes am 1.7.1970 gem. § 1589 Abs. 2 BGB a.F. als mit ihrem Vater nicht verwandt und besaßen gegen diesen lediglich einen Unterhaltsanspruch nach §§ 1708 ff. BGB a.F.

stammungsrechtliche Stellung des biologischen Vaters stärken? Dann hätte er die Möglichkeit, in die Stellung als rechtlicher Vater einzurücken und Umgang nach § 1684 Abs. 1 BGB zu beantragen. Der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte scheint beide Ebenen in seiner Entscheidung strikt zu trennen, indem betont wird, dass Gegenstand des Verfahrens nur ein Antrag auf Umgang war und die Etablierung der eigenen rechtlichen Vaterschaft „ein grundsätzlich anderes und weiterreichendes Ziel" sei „als die bloße Klärung der leiblichen Vaterschaft als Voraussetzung für einen Umgangsanspruch".[32]

Doch lassen sich die beiden Aspekte in der Lebenswirklichkeit tatsächlich überzeugend trennen? Bei dem Versuch, einen Umgang des leiblichen Vaters, der nie eine sozial-familiäre Beziehung zu seinem Kind hatte, gegen den Willen der Mutter herzustellen, handelt es sich um ein heikles Unterfangen. Dieses kann meines Erachtens keine ernsthafte Aussicht auf Erfolg haben, wenn die Mutter das Gefühl haben muss, es gehe dem leiblichen Vater nur darum, seine eigenen Bedürfnisse zu befriedigen, ohne dass er gleichzeitig auch rechtliche Verantwortung für das Kind übernehmen muss. Wie soll man von der Mutter Verständnis für das Anliegen des biologischen Vaters einfordern können, wenn die Rechtsordnung gleichzeitig allen Beteiligten signalisiert, der eigentliche (rechtliche) Vater sei nicht der biologische Vater, sondern ein anderer Mann? Man wird außerdem nicht die Augen davor verschließen können, dass der Aufbau einer noch nicht existenten sozial-familiären Beziehung zwischen biologischem Vater und Kind sowohl für das betroffene Kind als auch für die Partnerschaft seiner Mutter stets mit gewissen Risiken verbunden ist. Der spezifische Grund, warum es gerechtfertigt sein kann, diese Risiken in Kauf zu nehmen, liegt meines Erachtens darin, dass man als eigentlichen Vater des Kindes den Mann ansieht, mit dem das Kind – mit den Worten des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte – durch ein natürliches Band unverrückbar verbunden ist.[33]

Der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte hat hervorgehoben, dass angesichts der restriktiven Fassung des geltenden § 1600 Abs. 2 BGB das Recht zur Vaterschaftsanfechtung „keinen effektiven Rechtsbehelf" darstelle,[34] auf den man den biologischen Vater verweisen könnte. Damit komme ich zurück

[32] EGMR Urt. v. 15.9.2011 – Nr. 17080/07 (Schneider/Deutschland), FamRZ 2011, S. 1715, 1716 f. (Rn. 102).
[33] „inalterably linked by a natural bond", EGMR v. 15.9.2011 – Nr. 17080/07 (Schneider/Deutschland), Rn. 84 (insofern nicht abgedruckt in FamRZ 2011, S. 1715).
[34] EGMR Urt. v. 15.9.2011 – Nr. 17080/07 (Schneider/Deutschland), FamRZ 2011, S. 1715, 1716 (Rn. 102).

zur Forderung, das Anfechtungsrecht des biologischen Vaters auszuweiten.[35] Meines Erachtens spricht vieles dafür, dass in erster Linie eine abstammungsrechtliche Lösung gesucht werden sollte, um den Vorgaben des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte zum Umgangsrecht des biologischen, aber nicht rechtlichen Vaters gerecht zu werden. Hat man insofern einen zufriedenstellenden Ansatz gefunden, kann geprüft werden, ob ergänzende Reformen im Umgangsrecht erforderlich bleiben.[36]

[35] Vgl. zuletzt *Helms*, Die Stellung des potenziellen biologischen Vaters im Abstammungsrecht, FamRZ 2010, S. 1, 5 ff. und *Rixe*, Art. 8 EMRK: Umgangsrecht des leiblichen Vaters, FamRZ 2011, S. 1363, 1366 f. jeweils m.w.N.

[36] Der Referentenentwurf eines Gesetzes zur Stärkung der Rechte des leiblichen, nicht rechtlichen Vaters mit Stand vom 11.5.2012 (http://www.bmj.de/SharedDocs/Downoads/DE/pdfs/RefE_Gesetz_zur_Staerkung_der_Rechte_des_leiblichen_nicht_rechtlichen_Vaters.pdf?_blob=publicationFile) will demgegenüber die Möglichkeit zur Feststellung der Vaterschaft auf das Umgangsverfahren beschränken und schlägt einen neuen Umgangstatbestand vor (§ 1686a BGB-E).

Verzeichnis der Teilnehmer des Workshops

Rechtsanwältin Dr. Christa **Bienwald**, Oldenburg
Prof. em. Dr. Werner **Bienwald**, Oldenburg
Andreas **Botthof**, Universität Marburg
Richter am Gerichtshof Dr. Willem **Breemhaar**, Haren (Niederlande)
Prof. Dr. Dagmar **Coester-Waltjen**, LL.M., Universität Göttingen
Giulia **Conte**, Universität Göttingen
Prof. Dr. Nina **Dethloff**, LL.M., Universität Bonn
Prof. em. Dr. Uwe **Diederichsen**, Universität Göttingen
Richter am Amtsgericht a.D. Dr. Hans **van Els**, Solingen
Carsten **Fitting**, Universität Göttingen
Anke **Germerott**, Universität Göttingen
Ministerialrätin im Bundesjustizministerium Dr. Daniela **Goerdeler**, Berlin
Prof. Dr. Tobias **Helms**, Universität Marburg
Prof. em. Dr. Heinz **Holzhauer**, Universität Münster
Jana **Illiger**, Universität Göttingen
Ministerialdirigentin im Bundesjustizministerium Beate **Kienemund**, Berlin
Alexandra **Langmeyer**, Universität München
Prof. Dr. Volker **Lipp**, Universität Göttingen
Prof. Dr. Martin **Löhnig**, Universität Regensburg
Ministerialrat im Bundesjustizministerium Dr. Thomas **Meyer**, Berlin
Rechtsanwältin Vera **Meyer**, Hannover
Fritz **Osthold**, Universität Göttingen
Prof. Dr. Ilona **Ostner**, Universität Göttingen
Prof. Dr. Anne **Röthel**, Bucerius Law School Hamburg
Dr. Anne **Sanders**, Universität Köln
Prof. Dr. Kirsten **Scheiwe**, Universität Hildesheim
Prof. Dr. Eva **Schumann**, Universität Göttingen
Dr. Sabina **Schutter**, Deutsches Jugendinstitut e.V. München
Rechtsanwalt Wolfgang **Schwackenberg**, Oldenburg
Richter am Oberlandesgericht Dr. Alexander **Schwonberg**, Celle
Prof. Dr. Andreas **Spickhoff**, Universität Göttingen
Kai **Unkel**, Universität Göttingen
Prof. Dr. Barbara **Veit**, Universität Göttingen
Prof. Dr. Sabine **Walper**, Universität München
Dr. Friederike **Wapler**, Universität Göttingen
Dr. Frauke **Wedemann**, Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Privatrecht Hamburg

Der vorliegende Band vereinigt die Referate des am 25. November 2011 veranstalteten 10. Göttinger Workshops zum Familienrecht, der die anstehende Reform des nichtehelichen Eltern-Kind-Verhältnisses zum Gegenstand hatte. Die Beiträge beschäftigen sich mit den derzeit diskutierten Lösungsmodellen zur Ausgestaltung der elterlichen Sorge nicht miteinander verheirateter Eltern und beleuchten das nichteheliche Eltern-Kind-Verhältnis auch aus rechtsvergleichender und interdisziplinärer Perspektive. Darüber hinaus werden mögliche Auswirkungen einer Reform des Sorgerechts auf das Adoptionsrecht sowie der durch die Rechtsprechung veranlasste Reformbedarf im Abstammungsrecht diskutiert. Im Hinblick auf den inzwischen vorliegenden Regierungsentwurf eines Gesetzes zur Reform der elterlichen Sorge nicht miteinander verheirateter Eltern haben die in diesem Band enthaltenen rechtspolitischen Forderungen zusätzlich an Aktualität gewonnen.

Band 13 der Reihe „Göttinger Juristische Schriften"
Die Reihe wird von der Juristischen Fakultät der Georg-August-Universität herausgegeben und macht Veranstaltungen an der Fakultät einer interessierten Öffentlichkeit zugänglich.



ISBN: 978-3-86395-088-0
ISSN: 1864-2128

Universitätsverlag Göttingen